Das Verhältnis arbeitsvertraglicher Unwirksamkeitsgründe zu § 138 Abs. 1 BGB

---

von

Reinhard Sunder-Plassmann

Münster

1964

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547227_0001

Das Verhältnis arbeitsvertraglicher Unwirksamkeitsgründe zu § 138 Abs.1 BGB

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

Reinhard Sunder-Plassmann

Referendar

aus

Münster

1964

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Brox

Dekan: Prof. Dr. Fikentscher

Tag der mündlichen Prüfung: 28. Februar 1964

R.UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Einleitung

Eine Untersuchung, die sich mit dem Verhältnis gesetzlicher Vorschriften zueinander befaßt, muß zunächst - soweit möglich - Klarheit über den Gehalt und die Bedeutung der Vorschriften schaffen. Bei einer allgemeinen Norm, wie es der § 138 Abs.1 BGB ist, bereitet die Ermittlung des Sinngehalts erhebliche Schwierigkeit. Die allgemeine Auslegung vermag diese Vorschrift nur unvollkommen zu erläutern. Sie bedarf der Verdeutlichung in Richtung auf den Einzelfall und damit der "Konkretisierung". Da sich Auslegung und Anwendung des § 138 Abs.1 BGB nicht trennen lassen, kann sich eine Erläuterung dieser Norm nicht mit der Feststellung begnügen, wie der Rechtsbegriff der "guten Sitten" grundsätzlich auszulegen ist, sie hat vielmehr auch die für die Anwendung der Norm maßgebenden Gesichtspunkte herauszuarbeiten. Damit stellt sich die Aufgabe, Anhaltspunkte und Richtlinien für die Bestimmung dessen zu finden, was im Einzelfall den "guten Sitten" entspricht.

Lassen sich derartige Anhaltspunkte für die richterliche Konkretisierung des § 138 Abs.1 BGB ermitteln, so sind sie in gleicher Weise maßgebend für die Prüfung, ob das G e s e t z in Sondervorschriften den unbestimmten Rechtsbegriff der "guten Sitten" konkretisiert hat. Die Prüfung geht allerdings im Gegensatz zur richterlichen Konkretisierung nicht von § 138 aus, sondern von der speziellen gesetzlichen Vorschrift. Ist eine gesetzliche Konkretisierung gefunden, so wird eine von § 138 Abs.1 BGB abweichende Rechtsfolge in aller Regel für einen Ausschluß der allgemeinen Norm sprechen.

Die Untersuchung wird die Maßstäbe für die Bestimmung des Sittengemäßen in den sittlich fundierten Grundgedanken der Rechtsordnung finden. Es bedarf keiner Her-

vorhebung, daß bei einer Ermittlung des rechtlich maßgebenden Sittlichkeitsbegriffs aus der Rechtsordnung den gesetzlichen Konkretisierungen als den authentischen Interpretationen des Begriffs der "guten Sitten" besondere, über die geregelte Einzelsituation hinausweisende Bedeutung zukommt.

Inhaltsübersicht

Seite:

A. Allgemeines zur Auslegung und Anwendung des § 138 Abs.1 BGB 1

I. Systematische Bedeutung 1

1. Der Begriff der guten Sitten nach herrschender Meinung 1

2. Abweichende Ansichten 9

II. Die reichsgerichtliche Formel 10

1. Die Gefahr der Entscheidung aus dem subjektiven Sittlichkeitsgefühl des Richters 10

2. Die subjektive Wertung als Gefahr für die Rechtssicherheit 13

a) Die Bedeutung der Rechtssicherheit 14

b) Die besondere Problematik bei den Generalklauseln 14

c) Unsicherheitsmomente in der bisherigen Rechtsprechung 15

3. Die subjektive Wertung als Gefahr für den Bestand des Rechts 19

III. Der Gedanke des ordre public 22

IV. Eigene Auffassung 27

1. § 138 Abs.1 BGB als Verweisungsnorm auf das Sittengesetz 27

2. Die Rechtsnorm als objektiver Maßstab 29

a) Das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit 31

b) Das Recht als Kriterium sittlich-rechtlicher Bewertungsmaßstäbe 38

V. Bindung des Richters an die Wertungen des Rechts bei Ermittlung der Sittenwidrigkeit 40

1. Ansatzpunkte in der bisherigen Praxis 40

2. Die richterliche Bindung an das Gesetz 42

3. Die "guten Sitten" als wertausfüllungsbedürftiger Begriff 44

4. Die Bedeutung der gesetzlichen Konkretisierung wertausfüllungsbedürftiger Normen 47

a) Die Sonderbewertung 47

b) Die allgemeine Bedeutung 49

Seite:

5. Die richterliche Konkretisierung 52
6. Die Wertmaßstäbe der Rechtsordnung 54
a) Die Rechtsanalogie. Das "Wertbewußtsein" des Gesetzes 55
b) Ermittlung und Bedeutung sittlichrechtlich fundierter Rechtsgrundsätze und Prinzipien 57
aa) Ordnungs- und rechtspolitische Bestimmungen 57
bb) Sondervorschriften und Strafrecht 59
cc) Wertungs- und Prinzipienwidersprüche 63
c) Die Bedeutung des Grundgesetzes, insbesondere der Grundrechte 64
7. Die Bedeutung der Einzelgerechtigkeit für § 138 68
VI. Verfahren bei der Ermittlung gesetzlicher und richterlicher Konkretisierungen 70

B. Arbeitsrechtliche Bewertungsnormen 75
I. §§ 1, 7 Abs.1 S.3, 11 Abs.3 KschG: Verhältnis von Sozialwidrigkeit zur Sittenwidrigkeit 75
1. Das Problem 75
2. Die Entwicklung des allgemeinen Kündigungsschutzrechts 78
a) Das Betriebsrätegesetz, das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit und der Kündigungsschutz aus den Generalklauseln 78
b) Umfang des Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz 79
3. Die dogmatische Einordnung des Kündigungsschutzgesetzes 83
a) Die soziale Schranke des Kündigungsrechts 83
b) § 1 KschG als Konkretisierung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers 85
4. § 7 Abs.1 Satz 3 KschG: Die offensichtlich willkürliche und die aus nichtigen Gründen ausgesprochene Kündigung 87
a) Die erfaßten Tatbestände 89
b) Die Bewertung der grob sozialwidrigen Kündigung 91

Seite:

5. Die Sittenwidrigkeit maßregelnder und diskriminierender Kündigungen 94
   a) Bewertung als sittenwidrig 94
   b) Behandlung nach dem Kündigungsschutzgesetz 101
6. Die nach § 138 BGB, § 11 Abs.3 KschG nichtigen Kündigungen 104

II. Die sittlich-rechtlichen Schranken der Wettbewerbsabrede 106
1. Der Begriff des vertraglichen Wettbewerbsverbotes 106
2. Die grundsätzliche Zulässigkeit von Wettbewerbsabreden 108
3. § 74 Abs.2 HGB: Der Grundsatz der bezahlten Karenz 112
4. § 74 Abs.1 S.1 HGB: Das Erfordernis des berechtigten geschäftlichen Interesses 115
   a) Die gesetzliche Regelung 116
   b) Das berechtigte geschäftliche Interesse als grundsätzliche Gültigkeitsvoraussetzung 118
      aa) Die Bedeutung der Art.2 Abs.1, 12 GG 119
      bb) § 226 BGB und andere einschlägige Vorschriften 123
      cc) Die Entscheidungspraxis vor Erlaß der Ergänzungsnovelle 124
5. § 74a Abs.1 S.2 u.3 HGB: Unbillige Erschwerung des Fortkommens 125
   a) Die gesetzliche Sondervorschrift 126
   b) Die grundsätzliche Bedeutung 128
      aa) Der Schutz der wirtschaftlichen Unabhängigkeit nach § 310 BGB 130
      bb) Die Bewertung der Knebelungsverträge 130
      cc) Die Bedeutung der Zeitdauer 135
6. § 74a Abs.2 S.1 HGB: Wettbewerbsabrede mit gering Besoldeten 137
   a) Die Sonderregelung 137
   b) Die allgemeinen Grundlagen der Mindestgehaltsklausel 138
      aa) Die Vorgeschichte der Mindestgehaltsklausel 138
      bb) Geringe Besoldung als Indiz für eine sittenwidrige Konkurrenzklausel 142

Seite:

7. § 74a Abs.2 S.2 HGB 1.Alt.: Wettbewerbsabrede mit Minderjährigen 142
a) Die Sondervorschrift 142
b) Die allgemeine rechtliche Bewertung der Minderjährigkeit 143
8. § 74a Abs.2 S.2 HGB 2.Alt.: Wettbewerbsabrede auf Ehrenwort und unter ähnlichen Versicherungen 148
a) Die Sonderregelung 148
b) Wettbewerbsverbot auf Ehrenwort und § 138 BGB 149
9. § 74a Abs.2 S.3 HGB: Verpflichtung eines Dritten anstelle des Gehilfen 156
10. § 75 HGB: Die Bedeutung einseitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die Wirksamkeit des Wettbewerbsverbots 157
a) Der zu Grunde liegende Rechtsgedanke 158
b) Überantwortung einer Partei an die Willkür der anderen 159
c) Sittenwidrigkeit einseitiger Willkürrechte 161
11. § 75c HGB: Hohe Vertragsstrafen und ihre Bedeutung für die Gültigkeit von Wettbewerbsabreden 163
a) Die Bedeutung des § 75c HGB 163
b) Die Bedeutung des § 343 BGB 164
aa) Das Herabsetzungsrecht bei überhöhter Vertragsstrafe 165
bb) Anstößiger Gesamtcharakter 166
12. § 75f HGB: Die geheime Konkurrenzklausel 167
a) Die verfassungsmäßige Zulässigkeit 168
b) Die geheime Konkurrenzklausel und § 138 BGB 171
c) Die Bewertung durch die Rechtsprechung 175
13. Die übrigen Voraussetzungen sittenwidriger Konkurrenzklauseln 177
14. § 74a Abs.3 HGB: Anwendbarkeit des § 138 BGB auf Wettbewerbsabreden mit Handlungsgehilfen 179
III. Unbefristete Arbeitsverhältnisse, § 624 BGB 182
1. Die positivrechtliche Regelung 182
2. Systematische Bedeutung der Vorschrift 183

Seite:

a) Die Mißbilligung endloser Verträge durch die Rechtsordnung 184

b) Endlose Verträge und § 138 BGB 185

IV. Das Recht der Kündigung aus wichtigem Grunde, § 626 BGB 191

1. § 626 BGB und die Sondervorschriften 191

2. Sittlich-rechtliche Bedeutung bei übermäßig langer Bindung 192

3. Die typischen Anwendungsfälle und ihr Verhältnis zu § 138 BGB 194

a) Die Ansichten über die Abdingbarkeit einzelner Kündigungsgründe 195

b) Relative und absolute Unzumutbarkeit 196

V. Unbillige Erschwerung der Kündigung 200

1. Die unmittelbare Bedeutung der §§ 67 HGB, 122 GewO 201

2. Die sittlich-rechtlichen Schranken der Kündigungserschwerung 202

a) Die gesetzliche Mißbilligung einseitiger Beschränkung des Arbeitnehmers 203

b) Zulässige Erschwerungen 205

VI. Lohnwucher und Hungerlohn 207

1. Der Lohnwucher 207

a) Die allgemeinen Merkmale des Wuchers 208

b) Die Besonderheiten des Lohnwuchers 209

2. Hungerlöhne 212

a) § 138 Abs.2 als Sonderfall des § 138 Abs.1 BGB 213

b) Der objektive Tatbestand beim Hungerlohn 213

c) Das subjektive Erfordernis 215

aa) Die subjektiven Voraussetzungen bei sittenwidrigen Geschäften im allgemeinen 215

aaa) Die Notwendigkeit eines subjektiven Tatbestandes 215

bbb) Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit 217

bb) Insbesondere die subjektiven Voraussetzungen bei Ausbeutungsgeschäften 220

Seite:

VII. Die Abwälzung des Geschäftsrisikos auf den Arbeitnehmer 222
1. Die wichtigsten Fälle 222
2. Die grundsätzliche Zulässigkeit 223
3. Grenzen der Zulässigkeit 224

C. Zusammenfassung und Schluß 227

Schrifttumsverzeichnis

I. Lehr- und Handbücher

Baumann, Strafrecht - Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Bielefeld 1961

Boldt, Das Recht des Bergmanns, 3.Aufl., Tübingen 1960

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, 4.Aufl., Berlin 1900

Dernburg, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, Halle 1902

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Berlin 1899

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
I. Band, Einleitung, Allgemeiner Teil, 8.Bearbeitung, Marburg 1921; 15. neubearb. Aufl. von H.C.Nipperdey:
1.Halbbd. Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, Tübingen 1959
2.Halbbd. Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte, Ansprüche und Einreden und Sicherung der Rechte, Tübingen 1960
II.Band, Recht der Schuldverhältnisse, 15.Bearb. v. H.Lehmann, Tübingen 1958

Esser, Schuldrecht, 2.Aufl., Karlsruhe 1960

Huber, Ernst Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, I.Band, 2.Aufl., Tübingen 1953

Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts,
I. Band von Alfred Hueck, 7.Aufl., Berlin und Frankfurt 1963
II.Band, Kollektives Arbeitsrecht, von H.C.Nipperdey, 6.Aufl., Berlin und Frankfurt 1957

Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 4.Aufl., Berlin 1932

Lange, BGB, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 6.Aufl., München und Berlin 1963

Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 6.Aufl.,
I. Band, Allgemeiner Teil, München und Berlin 1963
II.Band, Besonderer Teil, München und Berlin 1964

Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 14.Aufl., Berlin 1963

Leonhard, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900

Lotmar, Der Arbeitsvertrag, I. Band, Leipzig 1902

Maunz, Deutsches Staatsrecht, Studienbuch, 13.Aufl., München und Berlin 1964

Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Systematische Erläuterung des deutschen Arbeitsrechts, Frankfurt a.M.

Neumann-Duesberg, Lehrbuch des Betriebsverfassungsrechts, Berlin 1960

Nikisch, Arbeitsrecht, I. Band, Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3.Aufl., Tübingen 1961

Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2.Aufl., Göttingen 1954

Titze, Das kaufmännische Hilfspersonal, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, II.Band 2.Kapitel S.545 ff., Leipzig 1918

v.Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Band, Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910
II.Band, 2.Hälfte, München und Leipzig 1918

Westermann, Sachenrecht, 4.Aufl., Karlsruhe 1960

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9.Aufl., Frankfurt 1906

Wolff, Martin, Lehrbuch des Sachenrechts, 10.Bearbeitung von L.Raiser, Tübingen 1957

Wolff, Hans Julius, Verwaltungsrecht I, 5.Aufl., München und Berlin 1963

II. Kommentare

Auffarth-Müller, Kündigungsschutzgesetz, Handkommentar für die Praxis, Berlin und Frankfurt 1960

Baumbach-Duden, Kurz-Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 16.Aufl., München und Berlin 1964

Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Band I, Wettbewerbsrecht, 9.Aufl., München und Berlin 1964

Baumbach-Hueck, Kurz-Kommentar zum Aktiengesetz, 11.Aufl., München und Berlin 1961

Böhle-Stamschräder, Kurz-Kommentar zum Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, München und Berlin 1951

Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art.1 und 9, bearb. von Wernicke, Hamburg 1954

Dietz, Betriebsverfassungsgesetz, 3.Aufl., München und Berlin 1960

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10.Mai 1897, I.Band, Allgemeine Einleitung und §§ 1-104, 3.Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1930

Erdmann-Müller, Das Kündigungsschutzgesetz vom 10.August 1951 mit Erläuterungen für die Betriebspraxis, 2.Aufl., Neuwied 1955

Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von W.Erman und H.Goerke, 2.Aufl., Münster 1958, 3.Aufl. herausgegeben von W.Erman, Münster 1962, 1. und 2.Band
Gleichberechtigungsgesetz, Nebenband zum BGB-Kommentar, Münster 1958

Fitting-Kraegeloh-Auffarth, Betriebsverfassungsgesetz, 6.Aufl., Berlin und Frankfurt 1962

v.Godin-Hoth, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Berlin 1957

Herschel-Schelp, Das Kündigungsschutzgesetz mit Vorwort, Anmerkungen und Verweisungen, Heidelberg 1951

Herschel-Steinmann, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 5.Aufl., Heidelberg 1961

Hueck, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 4.Aufl., München und Berlin 1961

Hueck-Nipperdey-Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar, 4.Aufl., München und Berlin 1943

Hueck-Nipperdey-Tophoven, Kommentar zum Tarifvertragsgesetz mit Durchführungs- und Nebenvorschriften, 3.Aufl., München und Berlin 1955

Jacobi, Die Preußische Gesindeordnung vom 8.November 1810 und ihre Ergänzungsgesetze, 3.Aufl., Berlin 1911

Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung, neubearb. von Eyermann und Fröhler, Zweiter Band, 11.Aufl., München und Berlin 1956

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, I.Band, bearb. von H.Lehmann, 2.Aufl., Berlin 1914

v.Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2.Aufl., Berlin und Frankfurt 1957

Mansfeld, Die Ordnung der nationalen Arbeit, Handausgabe mit Erläuterungen, Berlin 1941

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13.Aufl., Berlin 1906

Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, München und Berlin 1961

Maus, Erläuterung des Kündigungsschutzgesetzes, Göttingen 1951

Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, Göttingen 1956

Mayr, Kündigungsschutzgesetz vom 10.April 1951 mit Erläuterungen, Schwenningen 1951

Monjau-Heimeier, Erläuterung des Kündigungsschutzgesetzes, 2.Aufl., Düsseldorf-Grafenberg

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, 2.Buch,
Recht der Schuldverhältnisse, zweite Abteilung, 5.Aufl., Berlin 1929

Palandt, Kurz-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 23. Aufl., München und Berlin 1964

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4.Aufl.,
I. Band, Allgemeiner Teil bearb. v. P.Knohe, O.Strecker, F.Flad, Berlin 1913
II. Band, 2.Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, Besonderer Teil bearb. v. P.Knohe, K.Gunkel, A.Lobe, Berlin und Leipzig 1928
III.Band, Sachenrecht, bearb. v. O.Strecker und E.Brodmann

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
I. Band, Allgemeiner Teil, Schuldrecht (Allgemeiner Teil), bearb. v. Bessau, Lobe, Oegg, 9.Aufl., Berlin 1939
I. Band, Allgemeiner Teil, bearb. v. J.Denecke, H.Johannsen, W.Hugel, G.Krüger-Nieland, G.Kuhn, 11.Aufl., Berlin 1959
II.Band, 1.Teil, Einzelne Schuldverhältnisse §§ 433-704, bearb. v. J.Denecke, G.Kuhn, E.Pritsch, G.Wilde, 11.Aufl., Berlin 1959

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Handelsgesetzbuch
I. Band §§ 1-104 HGB bearb. v. Würdinger, 2.Aufl., Berlin 1953

Rohlfing-Kiskalt-Wolff, Handkommentar zur Gewerbeordnung, 3.Aufl., Berlin und Frankfurt 1961

Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, 1.Band bearb. v. W.Hildebrandt und G.Schröder, 4.Aufl., Berlin und Frankfurt 1960

Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,9.Aufl.
I. Band, Einleitung, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil), Stuttgart 1959
II.Band, Einzelne Schuldverhältnisse, Stuttgart 1962

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch
I. Band, 1.Buch bearb. v. J.Stranz, 8.Aufl., Berlin 1906
I. Band (§§ 1-177) bearb. v. F.Bondi, 14.Aufl., Berlin und Leipzig 1932

v.Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 9.Aufl. II.Band, Recht der Schuldverhältnisse, 1.Teil §§ 241-432, bearb. v. A.Werner, München, Berlin, Leipzig 1930
10.Aufl. I.Band, Allgemeiner Teil, 2.Hälfte bearb.v. E.Riezler, München, Berlin und Leipzig 1936
11.Aufl. I.Band, Allgemeiner Teil bearb.v. F.Brändl und H.Coing, Berlin 1957
II.Band, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 b: § 242 bearb. v. W.Weber, Berlin 1961
II.Band, Recht der Schuldverhältnisse, 2.Teil

§§ 433-610 bearb. v. F.Kiefersauer, F.Ostler, H.Riedel, Berlin 1955
II.Band, Recht der Schuldverhältnisse, 3.Teil §§ 611-704 bearb.v. H.C.Nipperdey, H.Mohnen, D.Neumann, H.Riedel, Berlin 1958

III. Monographien, Gutachten und Dissertationen

Adomeit, Kündigung und Kündigungsschutz, Düsseldorf 1962

Altmeppen, Paul, Die Entwicklung des Rechts der Konkurrenzklausel, Diss. jur. Greifswald 1917

Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, III.Band, 1.Halbbd. S.1 ff., Berlin 1958

Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung, 2.Aufl., Frankfurt/M. 1960

Bauer-Mengelberg, Knebelungsverträge, Berlin 1929

Baum, Das vertragliche Wettbewerbsverbot, Berlin 1914

Beitzke, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, Schloß Bleckede a.d.Elbe 1948

Bendix, Das Problem der Rechtssicherheit, Berlin 1914

Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Band I, Leipzig 1916

Boehmer in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte II.Band, Berlin 1954

Brasch, Viktor von, Die Konversion vom Standpunkt der Begriffs- und Interessenjurisprudenz aus, Diss.jur. Münster 1949

Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960

Brunner, Gerechtigkeit, Zürich 1943

Düringer, Richter und Rechtsprechung, Leipzig 1909

Engisch, Einführung in das juristische Denken, München 1956

Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2.Aufl., Heidelberg 1960

Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg 1953

Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956

Faber, Oskar, Das Wettbewerbsverbot nach dem Gesetz vom 10.Juni 1914, Diss.jur. Heidelberg 1915

Fischer, Hans Albrecht, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, München 1911

Fischer, Walther, Die Bindung des Richters an das Gesetz, Wien und Leipzig 1928

Geiler, Die Konkretisierung des Rechtsgebots der guten Sitten im modernen Wirtschaftsrecht, Festschrift f. Pinner, Berlin und Leipzig 1935, S.254 ff.

Grüll, Die Konkurrenzklausel, das vertragliche Wettbewerbsverbot des Arbeitnehmers, 2.Aufl., Heidelberg 1960

Hedemann, Knebelungsverträge, in Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, S. 65 ff., Jena 1929

Heeder, Oskar, Das gesetzliche Konkurrenzverbot und die Konkurrenzklausel (Wettbewerbsverbot) des Handlungsgehilfen, Diss.jur. Erlangen 1927

Herzog, Zum Begriff der "guten Sitten" im Bürgerlichen Gesetzbuch, Breslau 1910

v.Hippel, Fritz, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen 1936

Hueck, Alfred, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, München 1947

Die Bedeutung des Art.3 des Bonner Grundgesetzes für die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Frauen, Rechtsgutachten, Schriftenreihe der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Köln 1951

Hueck, Götz, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht a. d. Universität Köln, Berlin und München 1958

Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929

v.Jhering, Der Zweck im Recht, 2.Band, Leipzig 1883

Knapp, System der Rechtsphilosophie, Erlangen 1857

Kohler, Karl, Das vertragliche Wettbewerbsverbot für den früheren Inhaber bei der Geschäftsveräußerung, Diss.jur. Erlangen 1934

Koslowski, Die Konkurrenzklausel der Handlungsgehilfen, Hamburg 1906

Krieger, Rolf, Nichtige Kündigungen im bürgerlichen Recht und Arbeitsrecht, Diss.jur. Köln 1937

Künstler, Der Bierlieferungsvertrag, 3.Aufl., Nürnberg 1957

Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960

Lotmar, Der unmoralische Vertrag, Leipzig 1896

Luetgebrune, Götz, Standeswidrigkeit als Verstoß gegen die guten Sitten, Quakenbrück i.H. 1935

Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951

Mölders, Nichtigkeit von Grund- und Erfüllungsgeschäft wegen Sittenwidrigkeit, Diss.jur. Münster 1959

Molitor, Die Kündigung unter besonderer Berücksichtigung der Kündigung des Arbeitsvertrages, 2.Aufl., Mannheim 1951

Nipperdey in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, II.Band, Berlin 1954

Wettbewerb und Existenzvernichtung, Berlin 1930

Pflüger, Fritz, Das vertragliche Konkurrenzverbot im Dienstvertrag (Art. 356-360 OR) Diss.jur. Bern 1949

Plassmann, Die Kündigung, Stuttgart, München, Hannover 1955

Radbruch, Rechtsphilosophie, 4.Aufl. bearb. v. E.Wolf, Stuttgart 1950

Raiser, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935

Reichel, Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915

Riezler, Das Rechtsgefühl, Rechtsphilosophische Betrachtungen, 2.Aufl., München 1946

Rümelin, Die Billigkeit im Recht, Tübingen 1921

Sauer, Die Gerechtigkeit, Berlin 1959

Juristische Methodenlehre, Stuttgart 1940

Scholz, Die Rechtssicherheit, Berlin 1935

Schröder, Horst, Gesetz und Richter im Strafrecht, Veröffentlichungen der schleswig-holstein. Universitätsgesellschaft, Kiel 1953

Simitis, Konstantin, Gute Sitten und ordre public. Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs.1 BGB, Marburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Marburg 1960

Steinbach, Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung, Wien 1898

Sturmfels, Wilhelm, Recht und Ethik in ihrem gegenseitigen Verhältnis, Diss.phil. Gießen 1912

Teichmann, Arndt, Die Gesetzesumgehung, Göttingen 1962

Thierfelder, Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Neue Folge, 5., Tübingen 1934

Urban, Josef, Von der Notwendigkeit und dem Inhalt eines Reichstheatergesetzes, München, Berlin und Leipzig 1915

Volkmar, Dieter, Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 8, Berlin 1962

Wallach, Käte, Nichtige Kündigungen nach deutschem Arbeitsrecht, Diss.jur. Köln 1931

Wallmeyer, Josef, Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grunde, Arbeits- und Sozialrechtliche Studien, Stuttgart 1962

Weisschedel, Recht und Ethik, Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft, Karlsruhe 1956

Werdite, Gottfried, Die Behandlung der Konkurrenzklausel in den wichtigsten europäischen Gesetzgebungen, mit Verbesserungsvorschlägen für Deutschland, Diss.jur. Erlangen 1913

Westermann, Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft, Karlsruhe 1954

Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Schriften zur Förderung der Westf. Wilhelms-Universität zu Münster, Heft 35, Münster 1955

Weyl, System der Verschuldensbegriffe im BGB, München 1905

Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956

Zitelmann, Lücken im Recht, Leipzig 1903

Zöllner, Die Schranken der mitgliedschaftlichen Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München und Berlin 1963

IV. Aufsätze und kürzere Abhandlungen

Abraham, Die Doktrin der Public Policy, AcP 150, 385 ff.

Barkhausen, Anm. zu BGH, NJW 1955, 1272

Bötticher, Der Regierungsentwurf des Kündigungsschutzgesetzes, RdA 1951, 81 ff.

Die "sozial ungerechtfertigte" Kündigung im Sinne des KschG vom 10.8.1951, MDR 52, 261 ff.

Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, RdA 1953, 161 ff.

Buschmann, Die Konkurrenzklausel, BlfStSozVersArbR 1955, 73 ff.

Bussmann, Unlauterer Wettbewerb bei neuen Werbemethoden, NJW 1952, 684 ff.

Coing, Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der "guten Sitten" (§ 138, § 826 BGB), NJW 1947/8, 213 ff.

Dersch, Beginn des Vertrauensamtes, DArbR 1935, 121 ff.

Die neuere Entwicklung der Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis, Festschrift f.Herschel, Stuttgart 1955

Dietz, Das neue Kündigungsschutzgesetz, NJW 1951, 941 ff.

Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, Festschrift zum 75. Geburtstag von H.Nawiasky, München 1956

Esser, § 242 und Privatautonomie, JZ 1956, 555 ff., JZ 1953, 522

Fabricius, Zur Dogmatik des "sonstigen Rechts" gemäß § 823 Abs.1 BGB, AcP 160, 273 ff.

Franke, Verwirklichungsklauseln und mangelnder Schutz gegen die Druckkündigung, ein Widerspruch im Arbeitsrecht, JW 1935, 1306 ff.

Friedrich, Anm. zu AG Leipzig, DJ 1936, 1579

Fuchs, Die drohende Revisionsverstümmelung vom Standpunkt der soziologischen Rechtslehre, JW 1910, 209 ff.

Fuld, Die Rechtsunwirksamkeit des pactum de non licitando, Seuff Bl Bd. 70, 592 ff.

Gareis, Sollen die gesetzlichen Bestimmungen über die Konkurrenzklausel abgeändert werden? DJZ 1908, 42 ff.

Germann, Präjudizelle Tragweite höchstinstanzlicher Urteile, insbesondere der Urteile des schweizerischen Bundesgerichts, ZSR 68, 297 ff., 423 ff.

v.Gierke, Otto, Recht und Sittlichkeit, Logos Bd.VI (1916/17), 211 ff.

v.Godin, Zu § 1 UWG und § 826 BGB, MuW 1930, 42 ff.

Goez, Zur Auslegung des § 138 Abs.1 BGB, JW 1922, 1292 f.

Gross, Die Beschränkung des Wettbewerbs bei gewerblichen Arbeitern, ArbuR 1955, 99 ff.

Günther, Volkmar, Wettbewerbsverbote ohne Karenzentschädigung in Verträgen mit technischen Angestellten, NJW 1960, 946 ff.

Gumpert, Rechtsbehelfe gegen Abwerbung von Arbeitnehmern und Ausscheiden von Arbeitnehmern unter Vertragsbruch, BB 1955, 964 ff.

Habscheid, Vertragliche Wettbewerbsverbote, WuW 1954, 404 ff.

Hagen, Die guten Sitten als Rechtsbegriff, Gruchot Bd.52 (1908), 497 ff.

Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112, 1 ff.

Hefermehl, Anm. zu BAG AP Nr.20 zu Art.12 GG

Heintz, Feststellung der Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG, NJW 1952, 1005 f.

Herschel, Beschränkung der außerordentlichen Kündigung, insbesondere durch zusätzliches Mitbestimmungsrecht, Betriebsverfassung 1957, 181 ff.

Beschränkung der Befugnis zu außerordentlicher Kündigung, Festschrift f. Arthur Nikisch S.49 ff., Tübingen 1958

Kündigungsschutz leitender Angestellter, Betr. 1961, 66 ff.

Hertslet, Das rechtliche Verhältnis zwischen der sozialwidrigen und der sittenwidrigen Kündigung im Kündigungsschutzrecht, ArbuR 1955, 115 ff.

Hilger, Die Beteiligung des Betriebsrats bei fristlosen Entlassungen kraft Betriebsvereinbarung, RdA 1957, 161 ff.

Hölder, Das gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäft, DJZ 1908, 44 ff.

Hueck, Alfred, Klage und Urteil im Kündigungsschutzstreit, Festschrift f. Nipperdey, herausgegeben v. R.Dietz, A.Hueck, R.Reinhardt, S.99 ff., Berlin und München 1955

Anmerkung zu LAG Bremen AP 50 Nr.262

Hueck, Götz, Anm. zu LAG Stuttgart, AP Nr.1 zu Art.12 GG
Anm. zu LAG Hannover, AP 52 Nr.232

Jacobi, Recht, Sitte und Sittlichkeit, JhJ Bd.41 (1900), 68 ff.

Jahr, Besprechung von "Simitis, Konstantin, Gute Sitten und ordre public", JZ 1961, 101 f.

Joerges, Das Verfahren des RG zur Begründung des Verstoßes gegen die guten Sitten, ZschrRPh Bd.1 (1914), 208 ff.

Reichsgericht über den Verstoß gegen die guten Sitten, ZschrRPh Bd.2 (1919), 261 ff.

Jung, Sittenwidrige Schädigungen (§ 826 BGB), Recht 1918, 319 f.

Kallfels, Ist der Verkauf einer ärztlichen Praxis als Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 Abs.1 BGB) nichtig? JW 1937, 1513 f.

Kiss, Billigkeit und Recht, ArchRWPh III 536 ff.

Koehler, Die Generalklauseln im Neuaufbau des deutschen bürgerlichen Rechts, SJZ 1946, 165 ff.

Kohler, Zwölf Studien zum BGB, ArchBR Bd.12 (1897), 317 ff.

Krause, Der Kündigungsschutz und die sittenwidrige Kündigung eines Arbeitsvertrages, JW 1935, 1311 ff.

Kullmann, Zur Ehrenwortverpfändung, JW 1915, 1286

Lange, Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers, JhJ 1932, 1 ff.

Larenz, Wegweiser zu richterlicher Rechtsfindung, Festschrift f. Nikisch, Tübingen 1958 S.275 ff.

Anm. zu BAG, SAE 1960, 80 f.

Anm. zu BAG, AP Nr.2 zu § 276 (Verschulden bei Vertragsschluß)

Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, Festschrift f. Lehmann Bd.I S.145 ff.,Tübingen 1956

Lent, Anm. zu BAG, JZ 1955, 121

Leonhard, Der Verstoß gegen die guten Sitten, Festschrift f. Bekker S.87 ff., Weimar 1907

Liebnitz, Sittenwidrigkeit bei auffälligem Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung, DJ 1935, 843 ff.

Lorenz, Besprechung von "Konstantin Simitis, Gute Sitten und ordre public", AcP 1961, 426 ff.

Lukes, Gedanken zur Begrenzung des Inhalts allgemeiner Geschäftsbedingungen, Festschrift f. Alfred Hueck, S.459 ff., Berlin und München 1959

v.Mangoldt, Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes, AöR 1949, 273 ff.

Mansfeld, Anm. zu RAG, ARS 26, 142

Meyer-Cording, Besprechung von "Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht", NJW 1960, 1443 f.

Meyer-Scherling, Die Benachteiligung des kündigenden Arbeitnehmers und Art.12 GG, RdA 1959, 85 ff.

Möhl, Kündigung und Kündigungsgrund im Arbeitsrecht, JW 1936, 3432 ff.

Monjau, Sozial ungerechtfertigte, sittenwidrige und gegen Treu und Glauben verstoßende Kündigungen, Betr. 1951, 742 f.

Müller, Gerhard, Der Gedanke des sozialen Staats in der bisherigen Rechtsprechung des BAG, Betr. 1956, 524

Das Kündigungsschutzgesetz und Treu und Glauben unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Betr. 1960, 1037 ff.

Nikisch, Die unwirksame Kündigung nach dem neuen Kündigungsschutzgesetz, BB 1951, 646 ff.

Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, MuW 1954, 211 ff.

Oertmann, Hungerlöhne und Arbeitsvertrag, DJZ 1913, 254 ff.

Ostermeyer, Die sozialwidrige und die aus sonstigen Gründen unwirksame Kündigung (§ 11 KschG), RdA 1952, 142 f.

Raiser, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, Festschrift f. Julius von Gierke, S.181 ff., Berlin 1950

Richter, Anm. zu RG, JW 1928, 289

Rosenthal, Die Feststellung der Sittenwidrigkeit einer Handlung, LZ 1919, 515 ff.

Rothe, Richterliches Ermessen und Gestaltungswirkung, AcP 151, 33 ff.

Rumpf, Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138, 817 BGB. Ein Beitrag zur Kritik des dinglichen Vertrages, AcP 117, 315 ff.

Salinger, Zum Begriff der guten Sitten, JW 1917, 4 ff.

Savaète, Sittenwidriges Verhalten im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen, ArbuR 1957, 97 ff.

Sax, Zur Frage der Kuppelei bei Geschlechtsverkehr unter Verlobten, JZ 1954, 474 ff.

Schirmer, Arbitrarium merum und arbitrarium boni viri, AcP 91, 136 ff.

Schnorr, Anm. zu BAG AP Nr.7 zu Art.12 GG

Schultzenstein, § 617 BGB, ArchBR Bd.23 (1904), 219 ff.

Siebert, Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches (sozialrechtliches) Rechtsverhältnis, DArbR 1935, 95

Probleme des Kündigungsschutzes im Arbeitsrecht, ZAkDR 1937, 143 ff.

Unwirksamkeit der Kündigung wegen Sittenwidrigkeit oder Verstoßes gegen Treu und Glauben, BB 1952, 522

Die Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrats, Festschrift f. Arthur Nikisch, S.127 ff., Tübingen 1958

Treu und Glauben im Kündigungsschutzrecht, BB 1960, 1029 ff.

Spindler, Anm. zu OLG Hamburg, DJ 1936, 776

Spitzbarth, Wettbewerbsverbote unter den freien Berufen, NJW 1954, 453 ff.

Süß, Objektives grobes Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung als Nichtigkeitsgrund nach § 138 Abs.1 BGB, DRW 1936, 359 ff.

Steindorff, Besprechung von "Nikisch, Arthur: Arbeitsrecht, 2.Aufl. Bd.II", JZ 1960, 582 ff.

Sturn, Darf man Arbeitskräfte abwerben? BlfStSozVersArbR 1955, 318

Ulmer, Anm. zu OLG Dresden, BB 1949, 543

Waechter, Geheime Wettbewerbsverbote und Art.12 Grundgesetz, Betr. 1951, 979

Weigelin, Der Begriff der Sitte, ArchRWPh Bd.8 (1914/15), 321 ff.

Weimar, Kann die Kündigung eines Handelsvertretervertrages wegen Sittenverstoßes nichtig sein? MDR 1959, 986

Wertenbruch, Anm. zu BAG AP Nr.6 zu Art.12 GG

Westermann, Gesetzliche Regelung der Sicherungsübereignung und des Eigentumvorbehalts? in 41. DJT S. F 3 ff., Tübingen 1956

Die richterliche Ermessensentscheidung als Erscheinung des materiellen Rechts, in Bericht über die Tagung der deutschen Zivilrechtslehrer in Bad Bertrich vom 17. bis 19. Okt. 1952, AcP 152, 445 ff.

Wieacker, Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel, JZ 1957, 701 ff.

Wolff, Hans Julius, Über die Gerechtigkeit als pricipium juris, Festschrift f. Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag, S.103 ff., Berlin 1949

Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Stud.gen. 1952, 195 ff.

Wolff, Theodor, Zum Sittengesetz, LZ 1914, 1268 ff.

Würdinger, Anm. zu BAG AP Nr.3 zu § 133 f GewO

Abkürzungs- und Quellenverzeichnis

ABG	= Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten vom 24.6.1865
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis, Tübingen, Band und Seite
ALR	= Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten, Teil, Titel und Paragraph
AöR	= Archiv für öffentliches Recht, Tübingen, Jahr und Seite
AOG	= Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.1.1934, in der Fassung vom 30.11.1934
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis, Sammlungen der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte bis 1954 Nr.166 zitiert nach Jahrgang und Nr. der Entscheidung; später als Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts jeweils mit der Entscheidung zu den einzelnen Vorschriften entsprechend der Gestaltung in der Loseblattausgabe
ArbG	= Arbeitsgericht
Arb.G.	= Arbeitgeber
Arb.N.	= Arbeitnehmer
ArbR-Blattei	= Arbeitsrecht-Blattei, Loseblatthandbuch systematischer Darstellungen, Entscheidungen, Gesetzestexte und Kurzberichte für die Arbeitsrecht-Praxis, herausg. v. Fr.Sitzler, Stuttgart
ArbRuVolkstum	= Arbeitsrecht und Volkstum, Zeitschrift für das Recht der deutschen Wirtschaftsstände, Erfurt, Jahr und Spalte
ArbuR	= Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis, Köln, Jahr und Seite
ArchBR	= Archiv für Bürgerliches Recht, Berlin, Band und Seite

ArchfRWPh(il)	= Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Berlin und Leipzig, Band und Seite
ARS	= Arbeitsrechtssammlung, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte, früher Bensheimer Sammlung, Berlin, Band und Seite (Seitenziffer des RAG einerseits und der LAGe und ArbGe andererseits getrennt)
BAG	= Bundesarbeitsgericht, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
Bayr.Amtsbl.	= Amtsblatt des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und soziale Fürsorge, München, Jahr, Teil und Seite
Bayr.Entw.	= Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches des Königreichs Bayern von 1861/2
BB	= Der Betriebs-Berater, Heidelberg, Jahr und Seite
Beil.	= Beilage
Betr.	= Der Betrieb, Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht, Düsseldorf, Jahr und Seite
Betriebsverfassung	= Die Betriebsverfassung, Frankfurt a.M., Jahr und Seite
BetrVG	= Betriebsverfassungsgesetz
BGH	= Bundesgerichtshof, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGHSt	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BK	= Bonner Kommentar
BlfStSozVersArbR	= Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht, Neuwied, Jahr und Seite
Bolze (RG-Praxis)	= Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, Leipzig, Band und Nr. der Entscheidung
BPVertrG	= Bundespersonalvertretungsgesetz
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BV(er)wG	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, Berlin, Band und Seite
cc	= code civil
DArbR	= Deutsches Arbeitsrecht, Mannheim, Berlin, Leipzig, Jahr und Seite
Denkschrift zum HGB	= Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes, in Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, VI.Bd. Materialien zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1897, S.189 ff.
DJT	= Verhandlungen der Deutschen Juristentage, herausgegeben von der ständigen Deputation der Deutschen Juristentage
DR	= Deutsches Recht, Berlin, Leipzig, Wien, Jahr und Seite
DRW	= Deutsche Rechtswissenschaft, Hamburg, Jahr und Seite
DJ	= Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik, Amtliches Blatt der deutschen Rechtspflege, Berlin, Jahr und Seite
DJZ	= Deutsche Juristen-Zeitung, München und Berlin, Jahr und Seite
Gruchot	= Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Berlin, Band und Seite
GRuR	= Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Weinheim, Jahr und Seite
GS	= Großer Senat
Hb	= Handbuch
Hess.Entw.	= Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogtum Hessen
HRR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung, Ergänzungsblatt zur "Deutschen Justiz" und zur amtlichen Sammlung der Reichsgerichtsentscheidungen, Berlin, Jahr und Nr. der Entscheidung

JZ	= Juristenzeitung, Tübingen, Jahr und Seite
JhJ	= Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben v. R.v.Jhering, Jena, Band und Seite
KschG	= Kündigungsschutzgesetz
LAG	= Landesarbeitsgericht
LAO	= Vorläufige Landarbeitsordnung vom 24.1.1919
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, München und Berlin
Logos VI	= Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur, Band VI (1916/17), Tübingen 1917
LZ	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, München, Berlin, Leipzig, Jahr und Seite
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht, Hamburg, Jahr und Seite
Mot., Motive	= Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd.I Allgemeiner Teil, Bd.II Recht der Schuldverhältnisse, Berlin und Leipzig 1888
Mugdan, Materialien I	= Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, herausg. und bearb. v. B.Mugdan, Bd.I, Berlin 1899
mit weit.Nachw.	= mit weiteren Nachweisen
MuW	= Markenschutz und Wettbewerb, Monatsschrift für Marken-, Patent- und Wettbewerbsrecht, Berlin, Jahr und Seite
NJ	= Neue Justiz, Zeitschrift für Recht und Rechtswissenschaft, herausg. von der Deutschen Justizverwaltung der Sowjet. Besatzungszone, Berlin, Jahr und Seite
österr.HGG	= österreichisches Gesetz über den Dienstvertrag der Handlungsgehilfen und anderer Dienstnehmer in ähnlicher Stellung vom 16.1.1910

OLGRspr.	= Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausg. v. B.Mugdan und R.Falkmann, Leipzig, Band und Seite
Prot., Protokolle	= Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd.I, Berlin 1897, Bd.II, Berlin 1898
RAG	= Reichsarbeitsgericht, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
RdA	= Recht der Arbeit, Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts, München und Berlin, Jahr und Seite
Recht	= Das Recht, Juristisches Zentralblatt für Praktiker, Berlin, Jahr und Nr. der Entscheidung
RG	= Reichsgericht, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGRK	= Reichsgerichtsrätekommentar
SAE	= Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen, Düsseldorf, Jahr und Nr. der Entscheidung
Sächs.GB	= Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1865
Schweiz.OR	= Schweizer Obligationenrecht vom 30.3.1911
SeuffArch	= Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, München und Berlin, Band und Nr. der Entscheidung
SJZ	= Süddeutsche Juristen-Zeitung, Heidelberg, Jahr und Seite
Stoepel	= Preußisch-Deutscher Gesetzkodex, Band I 1806-1845, Frankfurt 1881
Stud.gen.	= Studium Generale, Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften im Zusammenhang ihrer Begriffsbildungen und Forschungsmethoden, Berlin, Göttingen, Heidelberg, Jahr und Seite
Verh.d.Reichstags	= Verhandlungen des Reichstags, stenografische Berichte, Berlin, Band und Seite

WarnR(spr)	= Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausg. v. O.Warneyer, Leipzig, Jahr und Nr. der Entscheidung
WeimRVerf	= Weimarer Reichsverfassung
WuW	= Wirtschaft und Wettbewerb, Düsseldorf, Jahr und Seite
ZAkDR	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, München und Berlin, Jahr und Seite
ZschrRPh	= Zeitschrift Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis, Leipzig, Band und Seite
ZSR	= Zeitschrift für Schweizerisches Recht - Neue Folge, Basel, Band und Seite

A. Allgemeines zur Auslegung und Anwendung des § 138 Abs.1 BGB

I. Systematische Bedeutung

Unser Privatrecht wird vom Grundsatz der Privatautonomie beherrscht.[1] Die Privatautonomie gilt aber nicht unbeschränkt, sie verleiht keine absolute rechtliche Gestaltungsfreiheit. Sie ist durch grundsätzliche Vorbehalte und zahlreiche Sondervorschriften, etwa die zwingenden arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen[2], beschränkt. Die wichtigsten allgemeinen Einschränkungen enthalten § 134[3] und § 138: Rechtsgeschäfte, die gegen ein Gesetz oder gegen die guten Sitten verstoßen, sind nichtig.

1. Der Begriff der guten Sitten nach herrschender Meinung

Die Frage, was unter den "guten Sitten" im Sinne des § 138 zu verstehen sei, ist nicht immer gleich beantwortet worden. Die Materialien zum BGB sprechen von den "moralischen Interessen"[4] und der "Rechts- und Sittlichkeitsordnung"[5], sie halten eine Beschränkung der Vorschrift auf Rechtsgeschäfte mit sittenwidrigem I n h a l t für unzulässig und berücksichtigen die v e r w e r f l i c h e G e s i n n u n g der Beteiligten[6]. In Anlehnung daran hat sich der überwiegende Teil der Rechtslehre nach Inkrafttreten des BGB auf den Standpunkt gestellt, § 138 wolle den Grundsätzen der Sittlichkeit im Recht Geltung verschaffen. Doch war man sich von Anfang

---

1) Staudinger-Coing, 2a vor § 104; Krüger-Nieland in RGRK-BGB 1 vor § 104; Siebert-Hefermehl 1 zu § 138; Lehmann, Allgemeiner Teil, § 24 I.

2) Vgl. §§ 619 BGB, 4 Abs.4 TVG, 67 HGB, 122 GewO usw.

3) Soweit nichts anderes vermerkt ist, handelt es sich um Vorschriften des BGB.

4) Motive I 211.

5) Protokolle I 123.

6) Protokolle I 123.

an darüber im klaren, daß die Inkongruenz von Recht und Sittlichkeit es niemals zulassen werde, die Gebote der Sittlichkeit mit denen des Rechts durchzusetzen. Es könne sich deshalb nur darum handeln, das Rechtsleben von unmoralischen Geschäften freizuhalten, indem man sie vernichte. Diese Funktion des § 138 charakterisierte man als den "n e g a t i v e n Einfluß der Moral im Recht".[1]

Es sind auch grundsätzlich abweichende Auffassungen vertreten worden. Herzog[2] z.B. ist von der wörtlichen Fassung des § 138 ausgegangen und hat die Sitte - im Gegensatz zur Sittlichkeit - für das maßgebende Kriterium gehalten. Sie gebe die speziellen, den konkreten Lebensverhältnissen angepaßten Regeln, wie die Sittlichkeit sie nicht kenne. Auch andere Autoren vertraten die Auffassung, daß die Sitte oder der A n s t a n d brauchbarere Anwendungsgrundsätze lieferten als die Sittlichkeit.[3] Insbesondere fürchtete man, bei einer Auslegung nach den Grundsätzen der Sittlichkeit könne der Richter zum Gewissensrichter oder Beichtvater werden.

Das RG hat sich bei seiner Auslegung des Begriffs der guten Sitten der ständig wiederkehrenden Formel vom "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" bedient.[4] Damit lehnte es sich eng an die Motive an. Dort war bei der Erörterung des heutigen § 826 ausgeführt, der Mensch mißbrauche seine natürliche Handlungsfreiheit,

---

1) Lotmar, Vertrag S.9. Vgl. im übrigen zur Auslegung des § 138 aus der älteren Literatur: Lotmar, Vertrag S.65 ff.; Enneccerus, Lehrbuch S.479; v.Tuhr, Allgemeiner Teil II 2 S.22; Weyl, System S.219 (221, 227); Weigelin, ArchRuWPh 8, 321 (328); Jacobi, JhJ 41, 68 (79, 95); Kohler ArchBR 12, 317 (325 ff.); H.A.Fischer, Rechtswidrigkeit, S.77. Nur scheinbar abweichend: Planck 2.Aufl.1 zu 138; Endemann, Lehrbuch I 1 S.319. Weitere Angaben bei Herzog, Begriff S.2 ff.; vgl. zu dieser Übersicht Simitis S.3 Anm.3.

2) Herzog, Begriff, S.114.

3) Leonhard, Bekker-Festschrift S.91; Hagen, Gruchot 52, 510; Dernburg, Allg.Lehren § 125 II; vgl. Simitis S.5.

4) Zuerst i. Jahre 1901 in RG 48,114 (124) zu § 826 u. hinterher ständig; vgl. etwa RG 55,368 (373); 120,144 (148). Zur Rechtsprechung des RG vgl. Simitis S.6 f.

wenn seine Handlungsweise "den in den guten Sitten sich ausprägenden Auffassungen und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" widerspreche.[1] Da die Formel (Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden) leicht zu einer Überspannung der Anforderungen und damit zu einer Behinderung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs führen könnte, hat das RG ausgeführt, daß es auf die Kenntnisse und Anschauungen der Durchschnittsmenschen ankomme.[2] Dabei seien auch die Anschauungen des Kreises, dem die Beteiligten angehörten, zu berücksichtigen.[3] Eingerissene Unsitten müßten jedoch ebenso wie eine besonders vornehme Gesinnung außer Betracht bleiben.[4] Da auch das RG nicht auf "Sittlichkeit" oder "Moral", sondern auf den "Anstand" Bezug genommen hat, stellt sich die Frage, was unter "Anstand" zu verstehen ist, und in welcher Bedeutung das RG diesen Begriff gebraucht hat.

Hagen[5] weist dem Anstand die Aufgabe zu, "das Verhältnis einer Mehrheit von Individuen in ihrer Eigenschaft als Träger selbständiger P e r s ö n l i c h k e i t e n zu regeln", während die Sittlichkeit lediglich dazu dienen soll, "das Verhältnis der verschiedenen T r i e b e innerhalb des einzelnen Menschen nach ihrem verschiedenen Werte untereinander zu regeln". Diese Inhaltsbestimmung des Anstands ist zu weit. Die Persönlichkeit des Menschen umfaßt seine Würde.[6] Die Achtung vor der Würde des Menschen ist aber nicht nur eine Frage des Anstands, sondern

---

1) Motive II 727 zu §§ 704, 705 des ersten Entwurfs.
2) RG 55, 368 (373).
3) RG 48, 114 (124).
4) RG 55, 368 (373).
5) Gruchot 52, 500.
6) H.J.Wolff, Festschrift f. Sauer S.115.

ist auch eine sittliche Forderung.[1] Die hier wiedergegebene Definition des Anstands greift also weit in das Gebiet der Sittlichkeit hinein. Sie kann deshalb keine Allgemeingültigkeit beanspruchen. Vielmehr muß der Begriff des Anstands auf den äußeren Bereich menschlichen Handelns beschränkt bleiben.[2] Der Anstand gibt äußere Verhaltensregeln, wenn auch nur solche mit einem gewissen Wertgehalt. Damit stellt sich der Anstand als der Bereich der g u t e n Sitten in der unmittelbaren, wörtlichen Bedeutung des Wortes dar.[3] Es kann aber doch sehr zweifelhaft sein, ob sich das Problem des § 138 durch einen Verweis auf einen so bestimmten Anstandsbegriff lösen läßt, und ob das RG den Begriff so verstanden wissen wollte.

Zunächst sei darauf hingewiesen, daß der gesetzliche Wortlaut keineswegs dazu zwingt, den § 138 im Sinne äußerlicher Anstandsregeln und Sitten auszulegen. Denn die Begriffe "Sitte" und "Sittlichkeit" werden vom Gesetz nicht immer scharf auseinandergehalten. So enthält z.B. in den §§ 534, 1641 usw. der Begriff der sittlichen Pflicht durch die Koordinierung mit dem Begriff des Anstands wesentlich mehr den Gesichtspunkt des Üblichen als etwa in den §§ 618, 847, wo die Verbindung zur Religion bzw. Geschlechtsehre eine bedeutend engere Auslegung nahelegt.[4]

---

1) Vgl. Nipperdey in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Grundrechte II S.1 f., der in der staatlichen Achtung der Menschenwürde ein naturrechtliches Prinzip sieht.

2) Vgl. Kuhn in RGRK-BGB 4 zu § 534: Verstoß gegen eine Anstandspflicht führt zu einer Einbuße an Achtung und Anerkennung bei sozial Gleichgestellten. Zu den Anstandsschenkungen gehören auch die sog. "gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke" i.S. des § 3 Nr.3 AnfG.

3) In diesem Sinne: Leonhard, Allg.Teil S.373/4; Cosack BR (4.Aufl.) Bd.I § 58 V (S.176); H.A.Fischer, Rechtswidrigkeit S.75.

4) Vgl. die Zusammenstellung bei Weyl, Verschuldensbegriffe S.220 f. u. Anm.2 S.221.

Das wichtigste Argument gegen eine Gleichsetzung der "guten Sitten" mit Sitte oder Anstand liegt darin, daß das Recht keine Veranlassung hat, so scharf gegen die Verletzung bloßer Konventionalvergehen vorzugehen, wie es die §§ 138, 817, 826 tun. Im übrigen wäre es auch ein Widerspruch in sich, mit Rechtsvorschriften die Verletzung von Regeln der Sitte und des Anstands zu ahnden. Denn die Normen der Sitte unterscheiden sich von denen des Rechts gerade dadurch, daß ihre Verbindlichkeit auf freiwilliger Anerkennung beruht.[1)]

Danach möchte man die in der Literatur nur vereinzelt vertretene und in der Formel des RG nur angedeutete Auslegung des § 138 im Sinne von Sitte und Anstand als widerlegt ansehen, wenn nicht noch zwei Bedenken beständen. Einmal ist auf einen Gesichtspunkt aus der Entstehungsgeschichte hinzuweisen. In der zweiten Kommission wurde der Antrag gestellt, in § 138 die Worte "gegen die guten Sitten" durch "gegen die Sittlichkeit" zu ersetzen. Dieser Antrag wurde abgelehnt mit der Begründung, "die Beibehaltung des Ausdrucks gegen die guten Sitten sichere der Vorschrift einen umfassenderen Geltungsbereich und enthalte den richtigen objektiven Maßstab für die Handhabung des Gesetzes".[2)] Diese Protokollstelle beschäftigt sich aber auch mit den subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit. Das Abstellen auf die "verwerfliche Gesinnung" macht deutlich, daß auch die II. Kommission unter den "guten Sitten" die Sittlichkeit verstand.

Ebenso verhält es sich mit der Rechtsprechung des RG. Zwar hat das RG[3)] einmal ausgeführt, daß unter dem Begriff der guten Sitten, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, "das in der Sitte, in der Übung

---

1) Vgl. zu beiden Gesichtspunkten H.A.Fischer, Rechtswidrigkeit S.75.

2) Protokolle I 123/4.

3) RG 80, 219 (221).

zutage tretende Empfinden der Volksgenossen, gemessen an einem durchschnittlichen Maßstab" zu verstehen sei. Betrachtet man aber gerade diese Entscheidung genauer, so zeigt sich, daß das RG trotz der wörtlichen Bezugnahme auf Sitte und Anstand in Wirklichkeit eine ethische Bewertung vornimmt. Das zeigt sich zunächst bei der Prüfung, ob beim Abschluß des Vergleichs, der dem Kläger gewisse örtliche und zeitliche Beschränkungen seiner künstlerischen Betätigungsfreiheit auferlegte, etwa ein unzulässiger Druck ausgeübt worden sei.[1] Weiter wird untersucht, ob der Kläger in der Ausübung seines künstlerischen Berufs ü b e r m ä ß i g beschränkt worden sei.[2] Vor allem prüft das Gericht ausdrücklich, ob das Ziel des Vergleichs - Ausschluß des Wettbewerbs des Klägers - "a n s t ö ß i g und sittenwidrig" sei, und weiter, ob das angewandte Mittel, die Wettbewerbsvereinbarung, "als v e r w e r f l i c h und dem s i t t l i c h e n Empfinden widerstrebend zu kennzeichnen, und ob aus diesem Grunde der Vergleich als mit dem Makel der Sittenwidrigkeit behaftet" anzusehen sei.[3]

Die Heranziehung sittlicher Kriterien entspricht der grundsätzlichen Auslegung des § 138 durch die höchstrichterliche Rechtsprechung. Schon die reichsgerichtliche Formel selbst, in der nicht schlechthin vom Anstand, sondern vom Anstands g e f ü h l die Rede ist, läßt erkennen, daß die Rechtsprechung sich nicht an äußeren Konventionalregeln orientiert. Im übrigen werden zur Erläuterung der Formel fast immer Begriffe wie "ehrbar"[4], "unsittlich"[5], "Sittlichkeit"[6], "Makel" der Sittenwidrigkeit[7] oder "sittlich erlaubt"[8] verwandt. Für eine ethi-

---

1) RG 80, 219 (221).
2) RG 80, 219 (225).
3) RG 80, 222; Sperrungen vom Verfasser.
4) RG 48, 114 (125).
5) RG 83, 109 (114).
6) RG 150, 1 (5).
7) RG 150, 1 (5).
8) RG 78, 347 (353).

sche Grundlage spricht schließlich das Festhalten der Rechtsprechung an subjektiven Erfordernissen für § 138[1]; denn Sitte und Anstand beurteilen ausschließlich die äußere Handlung und nicht die Gesinnung, die diese Handlung trägt.[2] Das alles läßt erkennen, daß auch das RG den Begriff der "guten Sitten" im Sinne von Sittlichkeit auslegt.[3] Auf diesem Hintergrund erscheint das Abstellen des RG auf das "in der Sitte, in der Übung zutage tretende Empfinden der Volksgenossen" nur als praktisches Korrektiv der auf anderer Auslegung beruhenden Grundwertung. Es ging dem RG darum, objektiv feststellbare, allgemein anerkannte Maßstäbe zu finden, ohne die theoretische Grundlage aufzugeben.[4]

Die Formel vom "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" beherrscht auch die Rechtsprechung des BGH[5]. Der BGH hebt hervor, daß § 138 einen Konflikt zwischen Rechtsordnung und sittlicher Ordnung ausschließen wolle.[6] Auch der BGH sucht nach praktischen Anhaltspunkten; er will das Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden aus dem "Rechts- und Sittlichkeitsbewußtsein des Volkes" ermitteln.[7]

Eine wesentlich strengere Auffassung von der Sittlichkeit und ihrer Bedeutung im Recht haben die Strafsenate des BGH vertreten. In ihrem Beschluß vom 17.2.1954[8] über die

---

1) Vgl. dazu RG 78, 347 (352), 150, 1 (5) und ausführlich unten S.215 ff.

2) Leonhard, Allg. Teil S. 377.

3) Vgl. auch v.Gierke, Logos VI, 213: "Wer das ungeheure Material auch nur oberflächlich durchmustert, wird sich leicht überzeugen, daß es sich stets um eine ethische Wertung handelt."

4) In diesem Sinne Simitis S.7 und RG JW 1904, 257: "die im deutschen Volke anerkannte und geübte Moral".

5) Z.B. BGH 19, 12 (17), 34, 169 (176); NJW 1956, 337.

6) NJW 1956, 865.

7) BGH NJW 1955, 1274; dazu Simitis S.15.

8) BGHSt 6, 46 ff.; vgl. zum folgenden auch Simitis S.15.

Vorschubleistung der Eltern beim Geschlechtsverkehr ihrer verlobten Kinder haben sie ausgeführt, der Begriff der Unzucht verweise auf eine Norm der Sittlichkeit, des Sittengesetzes, und damit auf einen außerrechtlichen Maßstab. Die Normen des Sittengesetzes werden in scharfen Gegensatz zu den Geboten der bloßen Sitte, der Konvention gestellt. Die Sitte ist eine bloße Konventionalregel und als solche von der Anerkennung derjenigen, an die sie sich wendet, abhängig.[1] Dagegen sollen die Normen der Sittlichkeit auf einer dem Menschen vorgegebenen Ordnung der Werte beruhen, die der Mensch hinzunehmen habe. Sie haben ihre Gültigkeit "aus sich selbst heraus". Infolgedessen sind sie unabhängig von einer Befolgung oder auch nur Anerkennung durch die Menschen.[2] Nach Ansicht des BGH kann die objektive Ordnung der Werte vom Richter ohne weiteres erkannt und im Einzelfall konkretisiert werden. So konnte etwa der BGH die unbedingte Forderung der Ehe aus der absoluten Wertordnung ableiten.[3] Eine inhaltliche Bestimmung der aus der Ordnung der Werte abzuleitenden Normen hat der BGH jedoch nicht gegeben. Die Ergebnisse decken sich mit den Grundsätzen der christlichen Ethik.[4]

Das RG und der BGH haben die Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden auch angewandt, wenn es sich um die Beurteilung wirtschaftlicher Vorgänge handelte, wie etwa die Zulässigkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen[5], von Knebelungsverträgen[6] und Sicherungs-

---

1) BGHSt 6, 52.

2) Weisschedel, Recht S.21 faßt den Standpunkt des BGH folgendermaßen zusammen: "Eine unbedingte Wertordnung ist einsichtig gegeben und aus ihr lassen sich konkrete, für Gesetzgebung und Rechtsprechung maßgebende Vorschriften herleiten." Kritisch zu der Entscheidung des BGH Sax JZ 1954, 474 ff.

3) BGHSt 6, 53 f.; dazu kritisch Sax JZ 1954, 475.

4) Simitis S.16 unter Verweis auf Weisschedel S.28 f. u. BGHSt NJW 55, 1287.

5) RG 62, 264 (266); 103, 82 (84); 143, 24 (28). Der BGH (NJW 57, 17 (19); 56, 908 (909) stellt jedoch auf § 242 ab.

6) RG 128,251 (256); RG JW 1917,966.

übereignungen[1], die Begründung eines Kontrahierungszwanges bei Monopolen lebenswichtiger Güter[2], die Zulässigkeit von Kartellen[3] und Wettbewerbsmaßnahmen[4]. In diesen Fällen hat die Rechtsprechung aber nicht ausschließlich ethische Grundsätze zur Begründung ihrer Urteile herangezogen, sondern auch wirtschafts- und rechtspolitische Erwägungen angestellt. So wurde bei den allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht nur darauf abgestellt, ob sie besonders unbillig und dem schwächeren Partner unter Ausnutzung der Monopolstellung auferlegt waren, sondern es wurden auch Betrachtungen über die Zweckmäßigkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Bekämpfung der Monopole angestellt.[5] Besonders stark traten diese Erwägungen im Wettbewerbsrecht hervor. Dort wurde argumentiert, das UWG wolle nicht nur den einzelnen Kaufmann vor unlauterem Wettbewerb, sondern auch die Gesamtheit vor Auswüchsen der Konkurrenz schützen.[6] So wurden grundsätzlich Werbeschenkungen für sittenwidrig erklärt, da sie den Boden v e r n ü n f t i g e r kaufmännischer Betätigung verließen.[7]

2. Abweichende Ansichten

Da solche rechts- und wirtschaftspolitische Zweckerwägungen nicht ohne weiteres mit der grundsätzlichen Auslegung des Begriffs der guten Sitten im Sinne von Sittlichkeit zu vereinbaren sind, ist die Rechtsprechung teils

---

1) BGH 10,228 ff.; NJW 1955,1272.

2) Mit Hilfe von § 826; RG 132,273 ff.; 133,388 (391).

3) RG JW 1908 ,296.

4) BGH GRuR 1955,541 (542).

5) OLG Hamburg JW 38,876 (877) hinsichtlich der Freizeichnungsklauseln der Spediteure.

6) BGH GRuR 55,542.

7) RG GRuR 36,810 (812). Vgl. zu dem gesamten Problem der Anwendung der §§ 138,826 und 1 UWG durch die Rechtsprechung Simitis S.22 ff.

scharf angegriffen worden, indem man ihr Verkennung ihrer Aufgabe und Überschreitung ihrer Kompetenz vorwarf. So hat man etwa geltend gemacht, "wirtschaftspolitische Zweckmäßigkeit" und "Lauterkeit" im sittlich-rechtlichen Sinne seien zwei verschiedene Bewertungsmaßstäbe; Aufgabe des Richters sei es, für die Beachtung der sittlichen Regeln im Geschäftsverkehr zu sorgen, die Unerwünschtheit gewisser Werbemaßnahmen allein dürfe nicht zur Anwendung des § 1 UWG führen.[1] Andere Stimmen standen dieser Praxis wohlwollender gegenüber. Sie forderten aber konsequent eine Änderung des Kriteriums der Sittenwidrigkeit. Als neuen Maßstab wollte man das soziale Ideal[2] oder eine gesunde soziale und wirtschaftliche Ordnung[3] oder das Gemeinwohl[4] entscheiden lassen.[5]

II. Die reichsgerichtliche Formel

1. Die Gefahr der Entscheidung aus dem subjektiven Sittlichkeitsgefühl des Richters

Praktisch bedeutsamer als die Berücksichtigung rechts- und wirtschaftspolitischer Zweckerwägungen sind die anderen Gefahren, die mit der Verwendung der reichsgerichtlichen Formel des "Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden" verbunden sind. Die Begründung einer Entscheidung mit dieser Formel birgt die große Gefahr in sich, daß der Richter sich nicht weiter um die Ermittlung der im Volke anerkannten sittlichen Grundsätze bemüht, son-

---

1) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einleitung zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Anm.61; ebenso BGH 28,54 (59); anders aber BGH 19,392 (399).

2) v.Hippel, Privatautonomie, S.113.

3) Enneccerus-Nipperdey II § 191 1

4) Joerges.ZschrRPh 1,216; 2,263; vgl. zu diesen Kriterien Simitis S.73.

5) Dazu, wie der Richter praktische Anhaltspunkte für eine richtige Anwendung des § 138 gewinnt, vgl. unten S. 49 ff.

dern - verschanzt hinter eine unverbindliche Formel - der Entscheidung kurzerhand sein eigenes, s u b j e k t i v e s Sittlichkeitsempfinden zugrunde legt. Joerges[1] weist darauf hin, daß der Richter die Kenntnis der im Volke herrschenden und geübten sittlichen Anschauungen entweder durch eigene Anschauung oder durch Mitteilung anderer erhalten könne. Im ersten Falle könne der Nachweis dieser Tatsache als einer offenkundigen entfallen, im letzteren müßten die Gewährsmanner des RG als Zeugen aufgeführt werden. Weder das eine noch das andere sei aber aus den Urteilen des RG zu entnehmen. Die vom RG gegebene Begründung eines Verstoßes gegen die guten Sitten sei deshalb mangelhaft.

Es gibt einen doppelten Grund für das Vorgehen des RG. In der Regel ist es gar nicht möglich, zu ermitteln, wie die billig und gerecht Denkenden einen konkreten Fall bewerten. Eine allgemeine Volksanschauung kann sich höchstens über T y p e n von Rechtsgeschäften bilden.[2] Aber auch hier stehen große praktische Schwierigkeiten einer exakten Feststellung entgegen. Zum anderen dürfte das RG eine solche tatsächliche Nachprüfung auch gar nicht für nötig gehalten haben, da es ohne weiteres davon ausging, daß es in seinen Gliedern "den Typus des billig und gerecht Denkenden, den Urtypus des Volksempfindens" verkörpere.[3] Damit aber wurde an die Stelle des objektiven ein subjektiver Maßstab gesetzt; man entschied praktisch vielfach aus dem R e c h t s g e f ü h l .[4]

---

1) ZschrRPh 1,213; ebenso W.Fischer, Bindung S.10.

2) Salinger,JW 1917, 4 (6).

3) Joerges, ZSchrRPh 1,213.

4) Joerges, ZschrRPh 1,214; W.Fischer, Bindung S.9 f. Isay, Rechtsnorm S.175; Kallfels, JW 1937,1520; v.Godin-Hoth 9 zu § 1 UWG; Barkhausen, NJW 1955,1272; Riezler, Rechtsgefühl S.182 ff.; Fuchs, JW 1910,210; Jung, Recht 1918,320; vgl. auch Simitis S.73.

Zur Rechtfertigung dieser Methode hat man geltend gemacht, der Richter werde beherrscht von den sittlichen Anschauungen seines Volkes, er trage in seinem sittlichen Empfinden den Maßstab für das, was im einzelnen Fall nach herrschendem Volksempfinden den guten Sitten entspreche.[1] Daß diese Ansicht nicht zutrifft, zeigt das Schicksal der Entscheidungen, die auf dem Instanzenweg zum RG gelangt sind: Häufig entschied das RG anders als beide Vorinstanzen.[2] Nach der Formel des RG würden im übrigen die Richter der Vorinstanzen nicht zu den billig und gerecht Denkenden zählen.[3]

Nun mag eingewandt werden, das Reichsgericht habe sich p r a k t i s c h nicht oder doch nicht allzu weit von der im Volke anerkannten und geübten Sittlichkeit entfernt. Auch ist zu beachten, daß es der Führungsaufgabe der höchsten Gerichte entspricht, bei der Konkretisierung der Generalklauseln mitzuwirken, und daß die Grundgedanken einer ständigen, der allgemeinen Rechtsüberzeugung entsprechenden Entscheidungspraxis zu neuen, engeren Generalklauseln führen und damit in gewisser Weise verselbständigt werden können.[4] Trotzdem ist daran festzuhalten, daß Entscheidungen aus dem Rechtsgefühl d o g m a t i s c h von § 138 in keinem Fall gedeckt sind. Die p r a k t i s c h e n Gefahren werden sehr schnell sichtbar, wenn man sich folgendes vergegenwärtigt: Unter der großen Zahl der deutschen Zivilrichter gibt es Menschen mit den verschiedensten sittlichen Auffassungen.[5] Reli-

---

1) Vgl. etwa Rosenthal, JZ 1919,515; Salinger, JW 1917, 4 (6).

2) Vgl. unten S. 15 ff.

3) Fuchs, JW 1910,210; v.Godin, MuW 30,42; Bussmann, NJW 52,687.

4) Vgl. dazu unten S. 52 ff.

5) Vgl. dazu schon W.Fischer, Bindung S.15.

giöse Überzeugung oder Weltanschauung spielen dabei eine große Rolle. Ein Materialist beurteilt viele ethische Fragen anders als ein gläubiger Christ und dieser anders als ein Mitglied einer besonders strengen Sekte. Innerhalb des christlichen Glaubens spielt die Konfessionszugehörigkeit eine große Rolle. Richter mit besonders strengen oder mit besonders laxen sittlichen Auffassungen werden - bewußt oder unbewußt - immer dazu neigen, ihre eigenen subjektiven Anschauungen der Entscheidung zugrunde zu legen.[1] Auch soziale und gesellschaftliche Herkunft des Richters können von entscheidender Bedeutung sein ("Klassenmoral"). Sie drücken sich in "Neigungen und Abneigungen" aus, werden dem Richter in den wenigsten Fällen bewußt sein, beeinflussen tatsächlich aber recht erheblich die Entscheidung.[2]

Je unbestimmter ein Rechtsbegriff ist, umso größer ist die Gefahr. Bei § 138 erleichtert die Formel vom "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" die Berücksichtigung subjektiver Maßstäbe, weil durch ihre Anwendung leicht ein objektiver Maßstab vorgeschützt werden kann. Unabhängig davon kann eine auf das subjektive sittliche Empfinden der einzelnen Richter gestützte Entscheidungspraxis eine erhebliche Gefahr für die R e c h t s s i c h e r h e i t darstellen.

2. Die subjektive Wertung als Gefahr für die Rechtssicherheit

Die Rechtssicherheit ist eine der wichtigsten Grundlagen

---

1) Auf den großen Einfluß irrationaler und rechtsfremder Beweggründe auf die Entscheidung hat besonders Isay, Rechtsnorm S.61 ff. hingewiesen. Damit soll die von Isay (Rechtsnorm z.B. S.115 f.) behauptete grundsätzliche Ableitung der Entscheidung aus dem Rechtsgefühl nicht gebilligt werden. Vgl. dazu unten S.42 ff.

2) Vgl. vor allem Lotmar, Vertrag S.98 u. Anm.276 u. 277; W.Fischer, Bindung S.15.

eines jeden Rechtsstaates.[1] Sie zu wahren, gehört zu den vornehmsten Aufgaben des Rechts und der Rechtsprechung.

a) Die Bedeutung der Rechtssicherheit

Die Rechtssicherheit umfaßt die Rechts k l a r h e i t , d.h. die Voraussehbarkeit des auf einen bestimmten Tatbestand anzuwendenden Rechts und die Berechenbarkeit der konkreten richterlichen Entscheidung.[2] Der Einzelne soll die rechtlichen Folgen seines Handelns übersehen und sich entsprechend einrichten können. Das setzt voraus, daß über die Voraussetzungen einer Norm unter den Richtern im wesentlichen Einvernehmen herrscht. Im Bereich der Generalklauseln ergeben sich dabei besondere Schwierigkeiten.

b) Die besondere Problematik bei den Generalklauseln

Der Charakter der Generalklauseln als Rahmenvorschriften bedingt die Verwendung weiter Formulierungen. Weite Begriffe aber scheinen dem Richter mehr Freiheit einzuräumen als konkretisierte, enge tatbestandliche Voraussetzungen. Die Gefahr, daß der Richter sich bei der Entscheidung eine größere Freiheit nimmt als ihm zukommt[3], ist im Bereich der Generalklauseln groß. Die Rechtsprechung zu § 138 muß deshalb besonders aufmerksam an den Maßstäben der Rechtssicherheit, d.h. vor allem der Rechtsklarheit, gemessen werden. Auf eine Klärung unbestimmter

---

1) Vgl. Art.28 GG. Die Rechtssicherheit gehört als ein Prinzip der Gerechtigkeit zu den obersten Zielsetzungen des Rechtsstaates, Scholz, Rechtssicherheit S.5; BVerfG NJW 1953,1137 (1138).

2) In diesem Sinne Scholz, Rechtssicherheit S.5 u. 27; Simitis S.199.

3) Vgl. dazu unten S. 44 ff.

Rechtsbegriffe wie dem der "guten Sitten"[1] kann ebensowenig verzichtet werden wie auf eine gewisse Vorhersehbarkeit der konkreten richterlichen Entscheidung. Vorhersehbar ist die Entscheidung aber nur, wenn die Gerichte erfahrungsgemäß die Generalklausel gleich auslegen und anwenden.

c) Unsicherheitsmomente in der bisherigen Rechtsprechung

Die einheitliche Verwendung der reichsgerichtlichen Formel in der Rechtsprechung stellt keine Lösung des Problems dar. Eine einheitliche Auslegung wird nur scheinbar gewährleistet. In Wirklichkeit beruht die Definition des RG auf einem Zirkelschluß.[2] Denn das Kriterium der "billig und gerecht Denkenden" stellt gegenüber dem Begriff der guten Sitten als Ausdruck des Ethischen im Grunde nichts Neues dar.

Wie wenig sich die Gerichte über die Auslegung der "guten Sitten" einig sind, zeigt die Anwendung des § 138 Abs.1 durch die Rechtsprechung. In vielen Fragen schwankte das höchste Gericht selber. Hinzuweisen ist zunächst auf die Entscheidungen über Praxisverkäufe. Anfänglich[3] sah das RG einen zwischen zwei Ärzten abgeschlossenen Kaufvertrag über eine zahnärztliche Praxis als sittenwidrig an, da es sich um eine "rein vermögensrechtliche Transaktion, um die rein geschäftsmäßige Übertragung der Praxis" gehandelt und damit "eine Verwertung des dem Arzte entgegengebrachten Vertrauens zum Zwecke reinen Vermögensgewinns" stattgefunden habe. Diese Ausführungen lassen eine grundsätzliche Mißbilligung des Verkaufs

---

1) Vgl. unten S. 43.

2) V.Godin, MuW 30,43; weitere Nachweise bei Simitis S.70 Anm.33.

3) RG 66,139 (142/3).

einer ärztlichen Praxis erkennen. Es wirkt deshalb nicht überzeugend, wenn das Gericht die Beziehung auf den zu entscheidenden Fall betonte und darauf abstellte, daß "der Weiterbetrieb von der Notwendigkeit, unter allen Umständen möglichst hohe Einnahmen zu erzielen, beeinflußt gewesen" sei. Denn tatsächlich lagen die vereinbarten Ratenzahlungen weit unter den Einnahmen, die der verkaufende Arzt aus der Praxis erzielt hatte. - In einer späteren Entscheidung[1] vertrat das Gericht den umgekehrten Standpunkt, indem es davon ausging, daß der Verkauf einer ärztlichen Praxis grundsätzlich zulässig sei. Der BGH[2] schließlich hat bei der Beurteilung eines Tauschvertrages über zwei ärztliche Praxen, verbunden mit einer gegenseitigen Rückkehrbeschränkung, ausgeführt, es könne "heute weniger denn je" daran vorbeigegangen werden, daß der freie Beruf des Arztes einem scharfen Wettbewerb unterliege und der Arzt bei der Erfüllung seiner Aufgaben eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit ausübe . Dabei hat der BGH billigend auf die spätere Rechtsprechung des RG hingewiesen, die eine Veräußerungsfähigkeit der ärztlichen Praxis anerkannte.

Auf ähnlicher Linie bewegen sich die Entscheidungen über die Wettbewerbsverbote unter den freien Berufen. Auch hier hat das RG zunächst[3] die Ansicht vertreten, daß "wissenschaftliche, staatlich geordnete, den wichtigsten Gemeininteressen dienende Berufe" wie die des Arztes oder Rechtsanwalts nicht entscheidend von wirtschaftlichen Gesichtspunkten beeinflußt seien und Konkurrenzklauseln unter Ärzten und Rechtsanwälten "in besonderem Maße anstößig" seien. Diese Auffassung ist später vom RG mehrfach bestätigt worden.[4] Der BGH[5] hat aufgrund der "tiefgrei-

---

1) RG 153,294 (298,305).
2) BGH 16,71 (79).
3) RG 66,143 (150).
4) Z.B. RG 68,186 (190); 90,35 (37).
5) BGH 16,71 (78 ff.).

fenden Veränderungen" "der für die Ausübung des ärztlichen Berufes maßgebenden wirtschaftlichen Verhältnisse und dadurch bedingt auch der allgemeinen Organisation des ärztlichen Standes seit Beginn dieser Rechtsprechung" bei vertraglichen Wettbewerbsverboten unter Ärzten einen "milderen Maßstab" angelegt und sie grundsätzlich als wirksam angesehen. Das Abstellen auf die veränderten w i r t s c h a f t l i c h e n Verhältnisse zeigt, daß nicht etwa ein allgemeiner Wandel der sittlichen Auffassung für das Umschlagen der Rechtsprechung verantwortlich ist.

Auch bei der Beurteilung von Geschäften, die mittelbar oder unmittelbar der Errichtung oder dem Betrieb von Bordellen dienen, vertrat die höchstrichterliche Rechtsprechung keine einheitliche Auffassung. Während einerseits betont wurde, daß ein Kaufvertrag über ein Bordellzwecken dienendes Haus auch dann nicht gegen die guten Sitten verstoße, wenn der Verkäufer lediglich wisse, daß der Käufer den Bordellbetrieb fortsetzen wolle, vielmehr eine inhaltliche Beziehung zu dem unsittlichen Geschäft - etwa ein überhöhter Preis - vorhanden sein müsse[1], wurden andererseits Bauverträge über ein Bordell und Kauf- und Mietverträge über Bordellgrundstücke schon deshalb als sittenwidrig angesehen, weil dadurch der Bordellbetrieb ermöglicht werde und damit der unsittliche, auf die Förderung der Unzucht gerichtete Zweck Gegenstand des Vertrages sei.[2]

Auch hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit hat sich die Ansicht des RG im Laufe der Zeit nicht unwesentlich gewandelt.[3]

---

1) RG JW 1926,2918; RG 68,97 (99); RG 71,432 (433).

2) RG 63,367 (371) für einen Bauvertrag und RG 63,346 (351) und wohl auch RG 109,201 (202) für Kauf- und Mietverträge.

3) Vgl. unten S. 220 f.

Schließlich sei auf das wechselvolle Schicksal der Prozesse hingewiesen, die auf dem Instanzenweg zum RG gelangten. Die zum großen Teil abweichenden Entscheidungen der einzelnen Instanzen betrafen oft nicht nur die Bewertung des konkreten Falles, sondern beruhten auf grundsätzlich abweichenden Ansichten. Z.B. sah es das Berufungsgericht als sittenwidrig an, daß ein Kaufmann aus dem Leben seines Konkurrenten ehrenrührige aber wahre Tatsachen weiterverbreitete. Das RG vertrat die entgegengesetzte Ansicht und entschied umgekehrt.[1] In einem anderen Fall hielten beide Vorinstanzen einen Verzicht für gültig, den ein Gläubiger ausgesprochen hatte, um den Schuldner zu veranlassen, von einem Aussageverweigerungsrecht keinen Gebrauch zu machen. Das RG sah den Verzicht als sittenwidrig an.[2] Auch die Beurteilung der sogenannten 1500-Mark-Verträge führte zu unterschiedlichen Entscheidungen. In RG 81,41 (45) sah das RG im Gegensatz zu beiden Vorinstanzen einen solchen, mit der Frau des Schuldners abgeschlossenen "Lohnschiebungsvertrag", der der Familie eine standesgemäße aber bescheidene Lebensführung sichern sollte, als wirksam an. In demselben Jahr[3] entschied das Gericht, das Verleiten zur Nichteinhaltung einer Konkurrenzklausel sei sittenwidrig. Das Berufungsgericht hatte mit Rücksicht auf die vereinbarte und fällige Vertragsstrafe (§ 75 Abs.2 HGB alter Fassung) umgekehrt entschieden. In RG 85,304 (305) hielt das RG das Vorschieben eines Strohmannes als Geschäftsinhaber für gültig; das Berufungsgericht hatte darin einen Sittenverstoß gesehen. In RG 114,338 (341) entschied das Gericht im Gegensatz zum Berufungsgericht, daß ein Kindesannahmevertrag nicht schon wegen einseitig unsittlicher Motive des Angenommenen sittenwidrig sei. Derartige Bei-

---

1) RG 76,110 (111 f.).
2) RG 79,371 (373 f.).
3) RG 81,86 (89 f.).

spiele ließen sich vermehren.[1] Sie zeigen, daß die Formel des RG nicht geeignet ist, eine einheitliche Konkretisierung des Begriffs der "guten Sitten" zu gewährleisten.

3. Die subjektive Wertung als Gefahr für den Bestand des Rechts

Rechtssicherheit bedeutet nicht nur Rechtsklarheit; Rechtssicherheit bedeutet auch "Autonomie rechtlicher Beurteilung".[2] Es muß gewährleistet sein, daß die im Gesetz enthaltenen Gerechtigkeitsmaßstäbe getreu angewandt werden und die persönlichen Anschauungen des Richters und andere Einflüsse, etwa die Auffassungen der Staatsführung, unerheblich sind. Ein Blick auf Entscheidungen aus der nationalsozialistischen Zeit soll zeigen, ob die reichsgerichtliche Formel in der Lage ist, in ihrem Anwendungsbereich die Autonomie des Rechts zu gewährleisten.

Es überrascht zunächst die Einhelligkeit, mit der die Rechtsprechung und zum Teil auch das Schrifttum plötzlich die "nationalsozialistische Weltanschauung" für die Bestimmung der Sittenwidrigkeit als maßgeblich ansahen.[3] Bezeichnend ist die Begründung, es entspreche dem gesunden Volksempfinden, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden sowie dem herrschenden Volksbewußtsein.[4]

---

1) Vgl. auch die Nachweise bei Isay, Rechtsnorm S.176 Anm.50 zu der Rechtsunsicherheit bei unbestimmten Rechtsbegriffen des Wettbewerbsrechts.

2) Bendix, Rechtssicherheit S.4/5 und 15; Raiser, Fschr. f.Gierke, S.195; Simitis S.199, dort auch die anderen Bedeutungen der Rechtssicherheit.

3) RG HRR 1936 Nr.207; RG 150,1 (4); 152,251 (254); 153,294 (303); 155,257 (282); OLG München HRR 1938 Nr.287; OLG Hamburg DJ 1936,775; AG Leipzig DJ 1936, 1579; Oegg RGRK-BGB 9.Aufl. 1 zu § 138 u. 3 zu § 399.

4) AG Leipzig DJ 1936,1579.

Entsprechend führt der RGR-Kommentar aus, maßgebend seien die jeweils herrschenden Anschauungen, nunmehr die nationalsozialistische Weltanschauung.[1] Hier hat die Formel des RG dazu geführt, die das öffentliche Leben tatsächlich beherrschende nationalsozialistische Weltanschauung schlechthin als Ausdruck des sittlichen Durchschnittsempfindens hinzustellen, ohne zu überprüfen, ob sie dem Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden entsprach. In Wirklichkeit entsprachen die nationalsozialistischen Anschauungen - besonders die Rassenlehre - nicht dem Sittlichkeitsempfinden der meisten Deutschen, sondern ihre Verwirklichung wurde durch Machtentfaltung und Unterdrükkung anderer Ansichten sichergestellt.[2] Das Abstellen auf die tatsächlichen Verhältnisse, die tatsächliche Übung, ist eine der Gefahren der reichsgerichtlichen Formel. Sie findet sich nicht nur in Urteilen der nationalsozialistischen Zeit. Auf der gleichen Linie liegt es etwa, wenn ein Gericht ausführt, eine Sicherungsübereignung sei schon deshalb zulässig, weil sie ü b l i c h e r w e i s e vorgenommen werde.[3] In diesen Begründungen wird die Gefahr sichtbar, das sittliche Moment in § 138 auszuschalten und damit das Recht zur Wirkung der tatsächlichen Verhältnisse zu machen.[4]

Die Rechtsprechung aus der nationalsozialistischen Zeit zeigt auch, wie gefährlich ein Abstellen auf das Anstandsempfinden des Richters, sein Rechtsgefühl, ist. Sittlichkeitsempfinden und Rechtsgefühl können nämlich von der im Staate herrschenden Gewalt dem geltenden Recht zuwider bestimmt werden.[5]

---

1) Oegg RGRK-BGB 9.Aufl. 1 zu § 138.

2) Staudinger-Coing 6 zu § 138.

3) LG Flensburg NJW 1953,1432.

4) Simitis S.69.

5) Simitis S.70; Spindler DJ 36,776 berücksichtigt die nationalsozialistische Gesetzgebung, soweit sie die Ansicht der mit dem nationalsozialistischen Gesetzgeber identischen deutschen Staatsführung widerspiegelt.

Es mag eingewandt werden, die nationalsozialistische Weltanschauung sei vielfach nur vorgeschoben, die Entscheidung selbst dadurch nicht bestimmt worden. Schon die bloße Erwähnung nationalsozialistischen Gedankenguts in einem Urteil kann aber der Rechtssicherheit abträglich sein. Wo auch die Entscheidung nationalsozialistisch beeinflußt war, wurde eine noch größere, über § 138 hinausreichende Gefahr sichtbar. Was verharmlosend als Ausfluß der dem Nationalsozialismus entsprechenden, strengeren Grundanschauungen von Sitte, Ehre und Pflicht hingestellt wurde und zu einer erheblich weiteren Abgrenzung des Begriffs des Sittenwidrigen führen sollte[1], kennzeichnete eine Rechtsprechung, die in Wirklichkeit eine ernste Gefahr für einzelne Rechtsinstitute und darüber hinaus tragende Rechtsgrundsätze darstellte. So erscheint es als Gefährdung des Instituts der Abtretung, wenn die Abtretung einer Forderung lediglich deshalb als unzulässig angesehen wird, weil der Zessionar Jude und der Schuldner Parteimitglied ist.[2] Als ein Einbruch in das Firmenrecht erscheint es, wenn das RG eine Firmenänderung für sittenwidrig erklärt, weil sie ausschließlich jüdischen Teilhabern ermöglichen sollte, anstelle der bisher in der Firma enthaltenen jüdischen Namen den nichtjüdisch klingenden Namen eines neuen Mitinhabers einzuführen.[3] Eine Bedrohung der Vertragsfreiheit ist es, wenn der Verkauf eines Handelsgeschäftes für sittenwidrig erklärt wird, weil dadurch dem jüdischen Käufer ermöglicht wird, unter arischem Namen Handel zu treiben.[4] Am bedenklichsten aber sind die Argumente, mit denen man die Erbeinsetzung eines Juden durch einen Deutschen unter Umgehung der "arischen" gesetzlichen Erben als sittenwidrig angesehen hat.[5] Man glaubte, durch die Auslegung des § 138 im Sinne

---

1) Oegg RGRK-BGB 1 zu § 138.

2) Oegg RGRK-BGB 3 zu § 399; AG Wanne-Eickel, DJ 36,936, das diesen Fall allerdings über § 399 löste.

3) RG HRR 36 Nr. 207.

4) OLG Hamburg, DJ 36,775 mit zustimm. Anm. Spindler.

5) AG Leipzig, DJ 36,15; OLG München, HRR 38 Nr.287.

der nationalsozialistischen Weltanschauung das Mittel in der Hand zu haben, das Erbrecht wieder als Ausfluß des "Sippenrechts" ansehen und damit von der liberalen Auffassung des BGB mit der grundsätzlich freien Möglichkeit der Erbeinsetzung abgehen zu können. Auf diese Weise erhält man die Möglichkeit, das Prinzip der Testierfreiheit auszuhöhlen und praktisch außer Kraft zu setzen.[1)]

III. Der Gedanke des ordre public

Differenzen zwischen der theoretischen Auslegung der "guten Sitten" als eines sittlichen Maßstabs und der praktischen Mitberücksichtigung rechts- und wirtschaftspolitischer Erwägungen sowie die Gefahr subjektiver Wertung durch den Richter führten zu einer Besinnung auf § 106 des ersten Entwurfs des BGB. § 106 bestimmte, daß ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die ö f f e n t l i c h e O r d n u n g verstoße, nichtig sei. Damit wurde der Gedanke der öffentlichen Ordnung, des ordre public, erneut in die Diskussion um Zweck und Auslegung des § 138 gebracht.[2)]

Es war zunächst die Erkenntnis, daß die reichsgerichtliche Formel dem Richter Willkürentscheidungen ermöglichte und nahelegte, die zum Rückgriff auf den ordre public anregte.[3)] Später sah man in den subjektiven Voraussetzungen eine lästige und unberechtigte Fessel. Man betonte, der Sinn des § 138 sei schlechthin die "Ausmerzung" unanständiger Rechtsgeschäfte, auf die "Zufälligkeit einer verwerflichen Gesinnung bei den Beteiligten" sollte es

---

1) Friedrich in Anm. zu AG Leipzig, DJ 36,1579.

2) Goez, JW 1922,1192 f.; Liebnitz, DJ 35,845; Süß, DRW 36,369; Raiser, Geschäftsbedingungen S.290; Fuld, SeuffBl.70,593; Steinbach, Moral S.41; Staudinger-Coing 5 zu § 138; Steindorff, JZ 60,583; Abraham, AcP 150,398; ähnlich Esser, Schuldrecht § 202, 3 c aa, nach dem Sittenwidrigkeit "nichts anderes als grobe Rechtswidrigkeit" ist.

3) Goez, JW 1922,1192 gegen Salinger, JW 1917,8.

nicht ankommen.[1] Eine Zusammenfassung all dieser Gesichtspunkte gibt Simitis.[2] Vor allem glaubt er aufgrund einer sehr eingehenden Untersuchung der Bedeutung des ordre public in fremden Rechtsordnungen, insbesondere im französischen und englischen Recht, nur durch den Hinweis auf die öffentliche Ordnung "das Problem des § 138 Abs.1 richtig stellen und sachgerecht beantworten" zu können. Erst hierdurch werde die Berücksichtigung der Momente gestattet, von denen die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Vertrages abhänge, nämlich seiner Vereinbarkeit mit der "geltenden Ordnung der gesellschaftlichen Verhältnisse."[3]

Die Arbeit von Simitis ist von besonderer Bedeutung, weil sie zum erstenmal systematisch versucht, den Inhalt des § 138 Abs.1 aus der geltenden Rechtsordnung zu bestimmen und damit von der Formel des RG loszukommen.[4] Das Kriterium der öffentlichen Ordnung führt aber nicht nur zu einer Orientierung des gesetzlichen Sittlichkeitsbegriffs an den Grundgedanken unserer Rechtsordnung, sondern es fordert zwingend die Beachtung a l l e r Normen und Grundsätze unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung. Es gewährleistet "das den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gemäße Wirken der Rechtsinstitute"[5] und gestattet zugleich weitgehende Berücksichtigung rechts- und wirtschaftspolitischer Gesichtspunkte.[6] Soll § 138 aber das prinzipiengetreue Wirken der Rechtsinstitute schützen, so dient er nicht mehr lediglich der Verwirklichung e i n e s Rechts-

---

1) Süß, DRW 36,369; Liebnitz, DJ 35,845.

2) Simitis S.64 ff.

3) Simitis S.77 u. S.164/65.

4) Vgl. besonders S.76 ff. (Bedeutung des zwingenden und dispositiven Rechts) u. S.80 ff. (Bedeutung des Grundgesetzes).

5) Simitis S.174.

6) Simitis S.65/66 und 189/190.

prinzips, der Nichtigkeit moralwidriger Rechtsgeschäfte, sondern gibt dem Richter die Möglichkeit, in w e i t e s t e m Umfang "ordnend" in das Rechtsleben einzugreifen.

Es liegt auf der Hand, daß eine derartige Erweiterung seines Inhalts den Anwendungsbereich des § 138 ganz erheblich ausdehnt. Eine Überprüfung unter dem Gesichtspunkt der "guten Ordnung" müßte sich gegenüber Privatrechtsgeschäften wie ein sehr feinmaschiges Sieb auswirken. Der Einbruch in die Privatautonomie wäre so groß, daß man von einer privatrechtlichen Gestaltungsfreiheit kaum noch sprechen könnte.[1] Man hat in diesem Zusammenhang von einer "Attacke gegen die Eigenständigkeit der privatrechtlichen Institutionen" und einem Überhandnehmen "der kontrollierenden und bevormundenden Richtermacht" gesprochen.[2] Auch verfassungsrechtliche Bedenken sind anzumelden. Denn es spricht viel dafür, in der Vertragsfreiheit ein durch Art.2 Abs.1 GG verankertes Recht zu sehen.[3] Dann aber sind Beschränkungen der Vertragsfreiheit, die nicht aus der verfassungsmäßigen Ordnung, den Rechten anderer und dem Sittengesetz folgen, verfassungswidrig.[4] Vor allem aber spricht der Wortlaut des § 138 Abs.1 gegen eine Einbeziehung des ordre public. Im Gegensatz zu seinem französischen Vorbild, Art.1133 cc, ent-

---

1) Westermann, 41. DJT F 7 spricht geradezu vom Tod der Vertragsfreiheit. Kritisch auch Baumbach-Hefermehl, Einleitung zum Wettbewerbsrecht Anm.58.

2) Esser, JZ 56,556.

3) Laufke, Festschrift f. Lehmann I, S.162 f.; Nipperdey, WuW 54,216 f.; Ballerstedt, Grundrechte III, HB 1,69; Maunz-Dürig, Anm.53 zu Art.2 Abs.1; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S.388.

4) Simitis (S.200 ff.) gibt auf diese, von ihm selbst angeführten Gegenargumente keine befriedigende Antwort. Wenn die Vertragsfreiheit nur in ihrem heute bestehenden Umfang gewährleistet wird, so kommen dabei nur solche Einschränkungen in Betracht, die sich aus dem "traditionellen Ordnungsgefüge unseres Zivilrechts" oder aus sonstigen staatlichen Maßnahmen ergeben, die unmittelbar auf eine Beschränkung der Vertragsfreiheit abzielen, vgl. Maunz-Dürig, Anm.59 ff. zu Art.2 Abs.1.

hält § 138 Abs.1 keinen Hinweis auf die öffentliche Ordnung. Wie sich aus der Entstehungsgeschichte ergibt, ist das kein Zufall. Der Hinweis auf die öffentliche Ordnung in § 106 des ersten Entwurfs wurde von der zweiten Kommission gestrichen[1]. In der Reichstagskommission und im Reichstag haben die Sozialdemokraten die Wiedereinführung des Begriffs der öffentlichen Ordnung mit der Begründung beantragt, er weise auf die Grundprinzipien der Rechtsordnung und gebe damit dem Richter im Gegensatz zu den guten Sitten einen objektiven Maßstab an die Hand.[2] Trotzdem hat sich die Mehrheit im Reichstag gegen eine Wiedereinführung ausgesprochen. Angesichts dieser Tatsache erscheint es bedenklich, wenn die Rechtsprechung versuchen sollte, unter Ausschaltung des Gesetzgebers den ordre public wieder in das Gesetz einzuführen.[3] Die Bedenken verstärken sich, wenn man berücksichtigt, daß § 138 als Rechtsfolge die Nichtigkeit des Geschäfts vorschreibt. Die starre Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit wirft aber schon bei einer engen Auslegung des § 138 mancherlei Probleme auf.[4] Auch praktisch erscheint deshalb eine Erweiterung des § 138 Abs.1 durch die Hinzunahme der Fälle des ordre public nicht erstrebenswert.[5] Die Grundgedanken unserer Rechtsordnung finden ihre Berücksichtigung in § 134 und in der Lehre von der Gesetzesumgehung, die von der Verbotsnorm ausgeht und kein Anwendungsfall der Sittenwidrigkeit ist.[6] Eine weitergehende Berücksichti-

---

1) Protokolle I 124.

2) Mugdan, Materialien I 969,1005 ff.

3) Ebenso Jahr, JZ 61,101; Lorenz, AcP 160,429.

4) Vgl. Erman-Westermann 4 zu § 138; 5 zu § 139; Enneccerus-Nipperdey II § 192 II 3 mit weit.Nachw.

5) Simitis S.191 f. (besonders 195) begegnet diesem Argument damit, daß er für einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung eine modifizierte Rechtsfolge vorsieht. Diese Vorstellungen haben aber mit der gesetzlichen Vorschrift des § 138 nichts mehr gemein.

6) Teichmann, Gesetzesumgehung S.70 f., 102 ff. mit weit. Nachw.; er sieht in der Gesetzesumgehung überhaupt kein selbständiges Rechtsinstitut,sondern will Lücken durch Analogie zu einer Verbotsnorm schließen. Andere stellen auf die objektive Funktionswidrigkeit ab; so BAG NJW 196?

gung der rechtlichen Prinzipien a l s s o l c h e r ist im geltenden Recht nicht vorgesehen. Es erscheint deshalb überprüfenswert, ob und inwieweit die Gerichte überhaupt rechts- und wirtschaftspolitische Gesichtspunkte bei Anwendung der Generalklauseln berücksichtigen dürfen. Das gilt besonders für die Rechtsprechung zu § 1 UWG. Es erscheint bedenklich, wenn das RG ein "betriebswirtschaftlich ungerechtfertigtes" Verschenken von Ware als sittenwidrig ansieht.[1] Auf der gleichen Linie liegt es, wenn der BGH[2] die kostenlose Verteilung eines Anzeigenblattes als sittenwidrig ansieht, weil die Presse durch Einbuße an Inseraten die Existenzgrundlage verlieren könnte, oder wenn das Gericht eine "volkswirtschaftlich unerwünschte" Werbemethode und die "Beunruhigung und gemeinschaftsschädliche Störung" des wirtschaftlichen und privaten Lebens verhindern und dafür ein geordnetes Wirtschaftsleben ermöglichen will.[3] Andere Entscheidungen richten sich gegen die Ausnutzung einer "eigenartigen zum Nachteil aller Mitbewerber sich auswirkenden Marktlage"[4] oder greifen zu Gunsten eines starken, den Markt überwiegend beherrschenden Unternehmens ein.[5] In allen diesen Fällen läßt sich von einem Verstoß gegen die Geschäftsmoral schwerlich sprechen, auch dann nicht, wenn man bei § 1 UWG die Belange der Allgemeinheit in stärkerem Maße berücksichtigt als bei § 138.[6] Man kann diese Entscheidungen nur rechtfertigen, wenn es Aufgabe der Rechtsprechung

---

798 (799); Siebert-Hefermehl 33 zu § 134; Enneccerus-Nipperdey II § 190 III 3 mit weit.Nachw.

1) RG 160,385. Kritisch dazu Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einleitung zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Anm.61. Vgl. hierzu und zu den folgenden Entscheidungen ferner Meyer-Cording, NJW 1960,1443 (1444).

2) BGH 19,392 (396).

3) BGH 15,369 (371); 23,365 (375).

4) BGH 3,339 (342).

5) BGH 23,371.

6) Von Godin-Hoth 8 zu § 1 UWG.

ist, die Institution von Rechtseinrichtungen (hier des Wettbewerbs) zu schützen.[1] Die "guten Sitten" ermächtigen den Richter aber nicht, sich als "Ordnungspolitiker oder Gewerbepolizist" aufzuführen, sondern sie beauftragen ihn, für die Beachtung der geltenden Geschäftsmoral zu sorgen.[2] Der Gedanke der öffentlichen Ordnung ist deshalb als solcher zur Auslegung und Anwendung des § 138 nicht verwertbar.

IV. Eigene Auffassung

1. § 138 Abs.1 BGB als Verweisungsnorm auf das Sittengesetz

Da den "guten Sitten" im Sinne des § 138 Abs.1 weder die Begriffe "Sitte" oder "Anstand" noch der Gedanke der öffentlichen Ordnung gerecht werden, ist an der Auslegung des § 138 als eines Verstoßes gegen das Sittengesetz, die Sittlichkeit, festzuhalten.[3]

Das Sittengesetz schlechthin gibt für das Recht keinen brauchbaren Maßstab ab. Die Sittlichkeit, letztlich bestimmt durch die sittliche Persönlichkeit des Einzelnen[4],

---

1) So der BGH in den angeführten Entscheidungen und Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einleitung zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Anm.61 am Ende.

2) Vgl. dazu Meyer-Cording, NJW 1960,1443 (1444).

3) So auch heute noch die h.M.: Siebert-Hefermehl 2a zu § 138; Staudinger-Coing 3 zu § 138; Erman-Westermann 5 zu § 138; Palandt-Danckelmann 1 zu § 138; Enneccerus-Nipperdey II § 191 I 2; Lehmann, Allg.Teil § 29 IV 1; Lange, Allg.Teil § 53 I; Larenz, Schuldrecht II § 66 III; Rumpf, AcP 117,371.

4) Staudinger-Riezler 2b zu § 138; Enneccerus-Nipperdey I § 31 I 6; Herzog, Begriff S.99 ff.

kann hohe und höchste Anforderungen stellen. Das Recht ist gekennzeichnet vom "durchschnittlichen Maßstab des Erreichbaren und Durchsetzbaren"[1]. Die Berücksichtigung einer absoluten oder theoretischen Sittlichkeit würde erhebliche Rechtsunsicherheit stiften. Maßgebend kann deshalb nur eine vom Recht als erheblich festgestellte Sittlichkeit, ein "sittlich-rechtlicher" Maßstab[2], eine "Rechtsmoral"[3], sein. § 138 verlangt, die Sittlichkeit an den M a ß s t ä b e n des Rechts zu messen.[4] Das Recht leitet seine Geltungskraft vom Willen der demokratischen Mehrheit ab. Dementsprechend kommt als "Rechtsmoral" nur die zur Zeit in Deutschland anerkannte und geübte Sittlichkeit in Betracht.[5] § 138 Abs.1 enthält also neben dem sittlichen ein soziologisches Moment.[6] Da aber Überforderungen den Rechtsverkehr behindern würden, kommen nur die Kenntnisse und Anschauungen der Durchschnittsmenschen in Betracht.[7] Daraus folgt, daß sich das Recht mit moralischen M i n d e s t forderungen begnügen muß.[8] Eine besonders vornehme Gesinnung kann nicht berücksichtigt werden.[9] Maßgebend können aber die Auffassungen des

---

1) Erman-Westermann 1 zu § 138; Fischer, Rechtswidrigkeit S.77,79; Lotmar, Vertrag S.95.

2) Siebert-Hefermehl 1 zu § 138.

3) Fischer, Rechtswidrigkeit S.77 ("eine dem Wesen des Rechts adaptierte Moral"); Enneccerus-Nipperdey II § 191 I; Maunz-Dürig, Rdz.56 zu Art.2 Abs.1 GG.

4) Entsprechend unterscheiden Protokolle II 577 (zum jetzigen § 826) zwischen den Anforderungen der Moral und denen des Rechts.

5) Lotmar, Vertrag S.95; Staudinger-Riezler 2 zu § 138; Steinbach, Moral S.40; Fischer, Rechtswidrigkeit S.79 f. Staudinger-Coing 3 zu § 138; Rosenthal, JZ 19,517 f.; Weigelin S.31.

6) Staudinger-Coing 5 zu § 138.

7) RG 55,368 (373).

8) Enneccerus-Nipperdey II § 191 I.

9) RG 55,368 (373).

Volkskreises sein, dem die beteiligten Personen angehören, nämlich dann, wenn sie von den Durchschnittsanschauungen abweichen.[1]

Folge der soziologischen Betrachtungsweise ist die W a n d e l b a r k e i t der "guten Sitten".[2] Es gibt aber gewisse sittliche Fundamentalsätze, die der Wandelbarkeit nicht unterliegen und weder durch eine allgemeine Verflachung des Sittlichkeits- und Rechtsbewußtseins, noch durch staatliche Eingriffe beseitigt werden können.[3] Im übrigen ändert sich das allgemeine Sittlichkeitsbewußtsein nur langsam[4], und die Rechtsprechung hat scharf darauf zu achten, ob ein wirklicher Gesinnungswandel vorliegt. Das sittliche Moment in § 138 verbietet dem Richter, etwa einer bei gewissen Bevölkerungsschichten oder in Notzeiten allgemein eingetretenen Verwilderung sittlicher Auffassungen Rechnung zu tragen. Hier muß die Rechtsprechung vielmehr entgegentreten und zu einem geläuterten Sittlichkeitsempfinden führen.[5]

2. Die Rechtsnorm als objektiver Maßstab

Die rechtlich relevante Sittlichkeit hat das RG durch die Formel vom "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" ermitteln wollen. Diese Formel ist zunächst in zweierlei Hinsicht mißverständlich. Einmal weist sie auf

---

1) RG 48,114 (124).

2) RG 134,342 (355); 147,1 (5); 155,257 (283); Staudinger-Coing 6 zu § 138; Lehmann, Allg.Teil § 29 IV 1; Erman-Westermann 1 zu § 138; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einleitung zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Anm.74; Heintz, NJW 1952,1005.

3) Erman-Westermann 1 zu § 138.

4) Staudinger-Coing 6 zu § 138.

5) RG 129,357 (381); Staudinger-Coing 6 zu § 138; Ulmer, BB 1949,543.

den Anstand und damit auf die Sitte im wörtlichen Sinne hin, während es in Wirklichkeit um die Ermittlung der Sittlichkeit geht. Zum anderen könnte man aus der Bezugnahme auf a l l e billig und gerecht Denkenden entnehmen, daß auch besonders strenge sittliche Maßstäbe, sofern sie nur im deutschen Volke vertreten werden, zu berücksichtigen seien. Das RG war deshalb stets genötigt, nach beiden Richtungen hin klärende Ausführungen und Zusätze zu machen.[1] Schwerer wiegen noch die aufgezeigten praktischen Gefahren: Die allgemeine Fassung der Formel legt es dem Richter nahe, nach eigenen Maßstäben zu entscheiden. Damit wird zugleich die Gefahr der Rechtsunsicherheit begründet und die Möglichkeit geschaffen, rechtsfremde Gesichtspunkte zu berücksichtigen.[2] Da die Formel für die Anwendung des § 138 Abs.1 zudem nur sehr geringe Anhaltspunkte liefert, sollte man ganz auf sie verzichten.

Könnte an die Stelle der reichsgerichtlichen Formel nur der Verweis auf die im Volke herrschenden Sittlichkeitsauffassungen - gemessen an einen durchschnittlichen Maßstab - gesetzt werden, so wäre nichts gewonnen. Denn wer könnte darüber eine verbindliche Auskunft geben?[3] Selbst eine Meinungsumfrage vor der einzelnen Entscheidung würde keine Gefahr dafür bieten, daß die gewonnenen Ergebnisse dem durchschnittlichen Sittlichkeitsempfinden entsprechen.[4] Es muß deshalb nach objektiv feststellbaren Kriterien gesucht werden.

Anhaltspunkte für die allgemein anerkannten sittlichen Maßstäbe könnten sich für den Richter aus den Rechtsnormen ergeben. Das Recht enthält objektive Bewertungsmaßstäb

---

1) Vgl. oben S.3 ff.

2) Vgl. oben S.11 ff., 15 ff. und 19 ff.

3) A.A. Lotmar, Vertrag S.97, der vorschlägt, über die Frage der Sittenwidrigkeit "Sachverständige" zu vernehmen.

4) Simitis S.69.

Da für § 138 nur die allgemein anerkannte, dem Recht entsprechende Sittlichkeit maßgebend ist, würden die Rechtsnormen als verkörperter Gemeinwille den nötigen generellen Maßstab abgeben. Zumindest soweit es sich um das kodifizierte Recht, das Gesetz, handelt, sind diese Bewertungsmaßstäbe auch verhältnismäßig leicht zu ermitteln. Da es aber auf den ersten Blick befremdend erscheinen mag, Anhaltspunkte für den außerrechtlichen Maßstab der Sittlichkeit in den Normen des Rechts zu suchen[1], mag eine Gegenüberstellung der Begriffe Recht und Sittlichkeit ergeben, ob das Recht sittliche Kriterien liefern kann.

a) Das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit

Recht und Sittlichkeit sind zwei verschiedene Begriffe. Stark vereinfachend lassen sie sich abgrenzen nach den spezifischen Ideen, deren Verwirklichung sie dienen. Die Rechtsordnung läßt sich als Ausdruck der Idee des Gerechten, die Sittlichkeit als Ausdruck der Idee des Guten ansehen.[2]

Früher mag einmal dem Begriff der Gerechtigkeit eine umfassende Bedeutung zugemessen worden sein, und er mag als Inbegriff alles Guten und aller Tugenden gegolten haben.[3] Heute kommt dem Begriff des Gerechten jedenfalls eine wesentlich engere Bedeutung zu, und einen einheitlichen Begriff des Normativen kennen wir nicht mehr.[4] Deshalb sehen wir auch nicht ohne weiteres umgekehrt die Gerechtigkeit als Teilbereich der Sittlichkeit an. Vielmehr hat

---

1) Dagegen vor allem Simitis S.165 und 188.

2) V.Gierke, Logos VI S.243 ff. Praktisch hat die Rechtsordnung drei Grundlagen: Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit, vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie S.170 f.

3) Vgl. Brunner, Gerechtigkeit S.15.

4) Vgl. Sauer, Gerechtigkeit S.53 ff.

die immer weiter fortschreitende Differenzierung der Begriffe dazu geführt, daß wir heute dazu neigen, Gerechtigkeit und Sittlichkeit als etwas Verschiedenes voneinander zu sondern.[1)]

Eine Verschiedenheit der hinter den beiden Normensystemen stehenden Ideen bleibt auch dann, wenn man mit H.J.Wolff die Gerechtigkeit, das "Rechtsprinzip", als einen A n w e n d u n g s f a l l der Sittlichkeitsidee, des "Sittengesetzes", ansieht.[2)] Wolff kennzeichnet das "Sittengesetz" als "die Norm, daß dem jeweils objektiv wertvolleren menschlichen Interesse der Vorzug zu geben ist", und das Rechtsprinzip als "das Gebot, auf die Verfolgung eigener Interessen insoweit zu verzichten, als dadurch die Befriedigung objektiv wertvollerer Interessen anderer Menschen vereitelt wird".[3)] Die Bezogenheit der Normen des Sittengesetzes auf das e i n z e l menschliche Gewissen steht im Gegensatz zu dem nur auf das ä u ß e r e Verhalten b e l i e b i g e r Menschen untereinander gerichtete Rechtsprinzip.[4)] Der zweite wesentliche Unterschied besteht darin, daß das Rechtsprinzip l i m i t i e r e n d ist, es läßt weitgehend die Möglichkeit freier Gestaltung offen, "es gebietet nicht Interessenverfolgungen, sondern schränkt diese nur ein."[5)] Danach ist das Rechtsprinzip gegenüber dem Sittengesetz soweit v e r s e l b s t ä n d i g t , daß Recht und Sittlichkeit begrifflich voneinander zu unterscheiden sind.

Aus der Verschiedenheit der Begriffe ergeben sich die unterschiedlichen Geltungsbereiche beider Normensysteme. Es kann etwas unsittlich sein, ohne rechtswidrig zu sein,

---

1) V.Gierke, Logos VI S.244 ff.; Enneccerus-Nipperdey I § 31 I.

2) H.J.Wolff, Festschrift f. Sauer S.112.

3) H.J.Wolff, Festschrift f. Sauer S.112 u. 113.

4) H.J.Wolff, Festschrift f. Sauer S.113.

5) H.J.Wolff, Festschrift f. Sauer S.114.

und umgekehrt.[1]

Der erste wesentliche Unterschied zwischen den Normen des Rechts und denen der Sittlichkeit ist darin begründet, daß diese sich vornehmlich an die sittliche Gesinnung wenden und sich nicht wie die Rechtsnormen mit einem äußeren Verhalten zufriedengeben.[2] Das Recht wertet die inneren Vorgänge nur als Grundlage der menschlichen Handlung; es berücksichtigt, ob und inwieweit eine Handlung frei gewollt ist; es überprüft die Beweggründe, die Zwecke und die Mängel der Willensbildung. Immer geht die psychologische Analyse vom äußeren Geschehen aus, der Weg verläuft also "von außen nach innen". Umgekehrt betrachten die Normen der Sittlichkeit das menschliche Verhalten nur als Ausdruck der inneren Gesinnung, sie gehen den Weg "von innen nach außen" oder bleiben im Inneren.[3] Infolgedessen fehlt der Sittlichkeit die dem Recht eigene Tendenz der Erzwingbarkeit durch äußere Gewaltmittel.[4]

Sodann findet sich in der Rechtsordnung regelmäßig ein Korrespondenzverhältnis von Dürfen und Sollen, Recht und Pflicht, während die sittlichen Normen sich grundsätzlich nur mit dem Sollen, der Pflicht, befassen. Im Gegensatz zur Rechtspflicht ist die sittliche Pflicht nicht im Interesse anderer, sondern um des eigenen Gewissens willen auferlegt.[5]

Schließlich ergibt sich aus der Eigenart des Rechts als einer für alle gleichmäßig geltenden Ordnung die Neigung

---

1) Lotmar, Vertrag S.4.

2) Es kommt allerdings nicht n u r auf die Gesinnung an, sondern auch auf das äußere Verhalten. Vgl. Sturmfels, Recht S.15 ff.; Riezler, Rechtsgefühl S.73.

3) Vgl. zum ganzen: V.Gierke, Logos VI, S.228/229.

4) Staudinger-Riezler, 10.Aufl. 2b zu § 138; Riezler, Rechtsgefühl S.71; v.Gierke, Logos VI, S.223.

5) Enneccerus-Nipperdey I § 31 I 1 b.

zur Vereinheitlichung und Verallgemeinerung. Dagegen gestatten die im Gewissen begründeten Gebote der Sittlichkeit eine Berücksichtigung aller, auch der entlegensten besonderen Umstände.[1]

Wenngleich Recht und Sittlichkeit grundsätzlich verschieden sind, haben sie doch Wesentliches gemeinsam. Beide haben normativen Charakter, beide wollen Maßstäbe für das menschliche Verhalten geben, und beide nehmen unbedingte Verbindlichkeit für sich in Anspruch.[2]

Die gemeinsamen Züge im Wesen beider Normengebiete legen die Vermutung nahe, daß Recht und Sittlichkeit nicht, wie bisweilen behauptet worden ist[3], zwei völlig getrennte Gebiete sind, die nichts miteinander zu tun haben. Klar wird ihr Verhältnis aber erst, wenn man ihre Eigenart miteinander vergleicht. Da die Rechtsordnung bei der Untersuchung menschlichen Handelns den Weg von außen nach innen geht, das Sittengesetz aber genau entgegengesetzt verfährt, "müssen sie sich begegnen und auf einem gemeinsamen Herrschaftsgebiet zusammentreffen."[4] Um Größe und Inhalt des gemeinsamen Geltungsbereiches rechtlicher und sittlicher Normen zu kennzeichnen, erscheint es geboten, zunächst die Bereiche des Nur-Sittlichen und Nur-Rechtlichen zu umschreiben.

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß es sittliche Normen gibt, die rechtlich bedeutungslos sind. Das sittliche Gebot der Nächstenliebe etwa ist in unserer Rechtsordnung nicht enthalten. Eine Rechtsordnung, die ein solches Gebot in ihren Normenkreis aufnähme, würde auch die Aufgabe des Rechts, Ordnung zu schaffen und Gerechtigkeit zu verwirklichen, verkennen. Aus demselben Grunde kann das Gesetz

---

1) Enneccerus-Nipperdey I § 31 I 1 c.
2) V.Gierke, Logos VI S.227.
3) Nachweise b. Sturmfels, Recht S.16 u.28.
4) V.Gierke, Logos VI S.232.

auch nicht eine "innere Versündigung an der sittlichen Bestimmung des Menschen" verbieten.[1] Auch könnte das Recht keinen Katalog sittlicher Pflichten aufstellen, ohne sich damit zugleich im Sinne einer bestimmten Ethik auszusprechen. Das Gebot der Nächstenliebe z.B. weist auf die christliche Ethik und damit auf den christlichen Glauben hin. Nach unserer heutigen Rechtsauffassung aber müssen sittliche Werte wie die Glaubensfreiheit, die Gewissensfreiheit, die Freiheit der Wissenschaft und die Gedankenfreiheit ganz allgemein als solche gewährleistet sein, und eine rechtliche Regelung dieses Lebensbereichs der inneren Persönlichkeit des Menschen würde uns als eine Entartung des Rechts erscheinen.[2]

Das Recht ist dort allein maßgebend, wo nur das äußere Verhalten der Menschen in Betracht kommt. Es ist allerdings die Ansicht vertreten worden, die Rechtsordnung bilde einen Teil der Ethik.[3] Aber dann müßten sich a l l e Rechtsnormen ethisch begründen lassen. Davon jedoch kann keine Rede sein.[4] Es gibt eine Fülle von Rechtsvorschriften, die lediglich ordnende Funktion haben. Dieser Bereich ist in unserer heutigen spezialisierten und perfektionierten Rechtsordnung besonders groß. Dahin gehören etwa die Altersstufen, die Verjährungsfristen, die Geschäftsformen, die Unterscheidung der Vertragsarten, die äußeren Voraussetzungen des Zustandekommens von Verträgen, der Erwerb und der Verlust des Eigentums und der anderen Sachenrechte, das Grundbuchwesen,

---

1) V.Gierke, Logos VI S.233; ähnlich Fischer, Rechtswidrigkeit S.69; Hagen, Gruchot 52,504.

2) V.Gierke, Logos VI S.233.

3) Süß, DRW 36,368 mit seinem Bild der zwei konzentrischen Kreise, von denen der kleinere das Recht kennzeichnen soll. Ähnlich unterscheidet Coing (Staudinger-Coing 4 zu § 138) zwischen Individual- und Sozial-Ethik; die Sozial-Ethik soll das gesamte Recht umfassen, vgl. unten S.36 Anm.5.

4) Es ist deshalb verfehlt, vom Recht als "ethischem Minimum" zu sprechen. Vgl. Riezler, Rechtsgefühl S.64.

die Erbfolgeordnung wie überhaupt ein großer Teil des Privatrechts, namentlich des Vermögensrechts[1] sowie viele öffentlich-rechtliche Vorschriften und große Teile des Prozeßrechts.[2] Solche Vorschriften lassen kein Sittlichkeitsstreben des Gesetzgebers erkennen; sie sind sittlich indifferent. Zwar ist die Sittlichkeit an i r g e n d e i n e r Ordnung der äußeren Verhältnisse interessiert[3], doch lassen sich daraus keine Maßstäbe für eine bestimmte rechtliche Ordnung herleiten.

Zwischen beiden Bereichen aber liegt das Gebiet, auf dem Rechts- und Sittengesetz sich zusammenfinden, weil "jenes Wort und Tat an der Gesinnung mißt, dieses die Betätigung sittlicher Gesinnung in Werken verlangt".[4] Dieser Bereich ist dadurch gekennzeichnet, daß rechtliche und sittliche Normen trotz der verschiedenen Ausgangspunkte und Ziele im großen und ganzen in ihren Grundauffassungen übereinstimmen.[5] Die Übereinstimmung ergibt sich aus der

---

1) Vgl. zu diesen Beispielen v.Gierke, Logos VI S.232; ähnlich Riezler, Rechtsgefühl S.64.

2) Anders z.B. § 765 a ZPO.

3) V.Gierke, Logos VI S.232; Lotmar, Vertrag S.3, verweist in diesem Zusammenhang auf das sittliche Gebot: "Tue r e c h t und scheue niemand."

4) V.Gierke, Logos VI S.233.

5) Zu dem verschiedenen Maßstab vgl. unten S.38 ff. Vgl. im übrigen: V.Gierke, Logos VI S.233; wohl auch Riezler, Rechtsgefühl S.65,66; Lotmar, Vertrag S.9 und 105; Sturmfels, Recht S.16 und 23 und neuerdings besonders deutlich Coing, Grundsätze S.54: "Es gibt solche Rechtsgrundsätze, die unmittelbar aus den sittlichen Werten entspringen, die allem echten Recht zugrunde liegen." Wenn Coing a l l e s Recht auf sittliche Werte zurückführt, so beruht das auf seiner Unterscheidung zwischen "sittlichen Forderungen, die sich unmittelbar an Personen wenden und Anforderungen, die die sittlichen Werte an die Gestaltung der Sozialordnung stellen." (Individual- oder Lebensführungsethik/Sozialethik oder Naturrecht; die Regeln beider Bereiche sollen teilweise auf die gleichen sittlichen Werte zurückgehen und beide für § 138 von Bedeutung sein, Staudinger-Coing Anm.4 zu § 138). Die Sozialethik soll das gesamte Recht umfassen. Auch Coing wird aber nicht behaupten können, daß sich a l l e Rechtssätze

gemeinsamen Wertbezogenheit beider Normenbereiche, die - jeder in seiner Art - das "objektiv wertvollere menschliche Interesse" fördern.[1] Besonders deutlich wird die Übereinstimmung aber dort, wo b e s t i m m t e Normen, die früher einmal nur Gebote der Sittlichkeit waren, inzwischen in Rechtsvorschriften übergegangen sind. Erwähnt sei nur die Hilfeleistungspflicht bei Unglücksfällen, die in § 330c StGB rechtlich sanktioniert worden ist, oder die Abdingung grundlegender arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen, die bereits, bevor § 619 sie verbot, als sittenwidrig und deshalb nichtig angesehen wurde.[2] Solche Entwicklungen haben einige Autoren - etwa gestützt auf gewisse Erkenntnisse aus der Geschichte des römischen Rechts - dazu veranlaßt, das Recht historisch aus der Sittlichkeit zu erklären.[3] Wichtiger als die Klärung dieser historischen Frage ist aber, daß es unserer heutigen Rechts- und Kulturauffassung, wie sie sich u.a. in den Grundrechten der Verfassung widerspiegelt, entspricht, in der Sittlichkeit eine "stete Forderung an das Recht"[4], ein regulatives Moment für das Recht zu sehen. Recht und Sittlichkeit dürfen sich nicht widersprechen. Das Recht hat die Aufgabe, die Gerechtigkeit zu verwirklichen und damit die äußeren Grundlagen für die dem Einzelnen gestellten sittlichen Aufgaben zu schaffen.[5] Ein Sieg des Rechts auf Kosten der Sittlichkeit würde deshalb nicht nur der Sittlichkeit, sondern auch dem Recht schaden.[6]

---

und Rechtsgrundsätze sittlich begründen lassen, sondern nur die von ihm so benannten "obersten Rechtsgrundsätze", vgl. dazu unten S.55 ff.

1) Vgl. H.J.Wolff, Festschrift f. Sauer S.112 f., 108 u. oben S.32.

2) Wallach, Nichtige Kündigung S.24; Staudinger-Coing 18 mm zu § 138; vgl. auch Lotmar, Vertrag S.197 Anm. 281 u. allgemein zu dieser Frage Steinbach, Moral S.85; Riezler, Rechtsgefühl S.64.

3) Z.B. Lotmar, Vertrag S.9; Scholz, Rechtssicherheit, S.8; a.A. Staudinger-Riezler, 10.Aufl. 2b zu § 138.

4) Enneccerus-Nipperdey I § 31 I 4.

5) Enneccerus-Nipperdey I § 33 II.

6) Knapp, System § 133; Lotmar, Vertrag S.104/5; Sturmfels, Recht,S.26; v.Gierke,Logos VI S.237 u. 247.

Im einzelnen mögen Abweichungen, ja Widersprüche zwischen Recht und Sittlichkeit eintreten können, im ganzen entsteht für das Verhältnis rechtlicher und sittlicher Normen das Bild von den beiden s i c h s c h n e i d e n d e n Kreisen[1], deren Grenzen allerdings nicht ein für allemal festliegen, sondern sich je nach den "philosophischen und staatspolitischen Grundströmungen" verschieben können.[2] Was in das Kreissegment hineinfällt, liegt im Geltungsbereich beider Normensysteme. Dieser Bereich ist entscheidend, weil er Aufschlüsse über die Sittlichkeitsmaßstäbe des Gesetzes geben kann. Ohne alle in Betracht kommenden Rechtsnormen aufzuzählen, sei darauf hingewiesen, daß hier nicht in erster Linie an die Normen zu denken ist, die - wie die §§ 138, 826, 1 UWG - auf die Sittlichkeit ausdrücklich Bezug nehmen, sondern jene Normen, die eine Wertordnung aufstellen oder Interessenkonflikte unter sittlich-rechtlichen Gesichtspunkten bewerten.[3]

b) Das Recht als Kriterium sittlich-rechtlicher Bewertungsmaßstäbe

Aus der wesensmäßigen Verschiedenheit der Normen des Rechts von denen der Sittlichkeit folgt, daß die Rechtsnormen von den Normen der Sittlichkeit auch dann verschieden sind, wenn sie inhaltlich übereinstimmen. Durch die rechtliche Sanktionierung sittlicher Normen oder Bewertungsfaktoren verlieren diese nicht ihren sittlichen Charakter. Vielmehr wird nur der I n h a l t der sittlichen Norm zugleich zum Inhalt der Rechtsnorm.[4] Auch die hier vertretene Methode bleibt deshalb im Prinzip die Ermittlung eines außerrechtlichen Maßstabes.

---

1) V.Gierke, Logos VI S.233; Riezler, Rechtsgefühl S.63.

2) Riezler, Rechtsgefühl S.64.

3) Vgl. dazu unten S. 55 ff.

4) V.Gierke, Logos VI S.248; ähnlich Riezler, Rechtsgefühl S.66.

Die das Rechtsprinzip kennzeichnende Gerechtigkeitsidee ergibt, daß das Recht Gebote der Sittlichkeit nicht um ihrer selbst willen in seinen Normenbereich aufnimmt. Die Rechtsordnung muß mit den Maßstäben des Rechts messen. "Sie darf Sittliches nicht lediglich, weil es sittlich ist, sondern nur, insofern es zugleich von der Gerechtigkeit gefordert wird, gebieten und Unsittliches nicht lediglich, weil es unsittlich ist, sondern nur, insofern es zugleich als Unrecht empfunden wird, verbieten".[1)]

Die Bezogenheit der in den Rechtsnormen enthaltenen Sittlichkeitsmaßstäbe auf das Recht gibt ihnen den für das Recht maßgeblichen Gerechtigkeits- und Unrechtsmaßstab. Sie tragen die dem Recht eigenen Züge des Durchschnittlichen und Erreichbaren und kennzeichnen damit die "Rechtsmoral" als die "dem Wesen des Rechts adaptierte" Sittlichkeit.[2)]

Auch daraus, daß das Recht in einem Einzelfall einmal in Widerspruch mit sittlichen Geboten treten kann, ergeben sich keine Bedenken gegen eine Orientierung des gesetzlichen Sittlichkeitsbegriffs an der Rechtsnorm. Die Möglichkeit eines Widerspruchs zwischen Recht und Sittlichkeit darf nicht überschätzt werden. Ein demokratisches Gesetz entspricht in der Regel den sittlichen Anschauungen der Mehrheit des Volkes. Wo aber ausnahmsweise begründete Zweifel aufkommen, muß dieses Gesetz - unabhängig von seiner unmittelbaren rechtlichen Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit - für die Feststellung sittlich-rechtlicher Wertungsmaßstäbe außer Betracht bleiben.

---

1) V.Gierke, Logos VI S.248; vgl. auch Riezler, Rechtsgefühl S.73; ähnlich Coing, Grundsätze S.61.

2) A.A. Fischer, Rechtswidrigkeit S.77 u. oben S.28.

V. Bindung des Richters an die Wertungen des Rechts bei Ermittlung der Sittenwidrigkeit

1. Ansatzpunkte in der bisherigen Praxis

Die Erkenntnis, daß die Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden leicht den Richter veranlassen könnte, nach seinem eigenen Rechtsgefühl und damit willkürlich zu entscheiden, hat bereits früher dazu geführt, dem Richter die Berücksichtigung der gesetzlichen Wertung nahezulegen.[1] Dabei handelte es sich jedoch um vereinzelte, teilweise nur beiläufig geäußerte Ansichten. Es wird auch nicht recht klar, welche Bedeutung z.B. das RG der gesetzlichen Wertung in diesem Zusammenhang zubilligte, wenn es davon ausging, daß für die guten Sitten "das Volksbewußtsein und die jeweiligen Anschauungen des Verkehrslebens maßgebend sind (wobei von besonderer Bedeutung sein kann, welchen Niederschlag diese Anschauungen in der Gesetzgebung ... gefunden haben)."[2] Der gesetzlichen Wertung wird offenbar nur untergeordnete Bedeutung beigemessen, sie wird u n t e r s t ü t z e n d herangezogen.[3] Der Verweis auf eine Gesetzesstelle findet sich in der Rechtsprechung auch vornehmlich nur dann, wenn die Parallele besonders nahe lag. Beispielhaft kann auch hier die angeführte RG-Entscheidung[4] sein. Dort hatte ein Pole sein in Preußen auf ehemals polnischem Gebiet gelegenes Landgut an einen polnischen Käufer mit der Abrede verkauft, dieser dürfe das Gut nur an einen Nationalpolen weiterverkaufen. Die Vereinbarung war durch eine

---

1) RG 77,419 (421); RG 128,92 (95); RG JW 1909,412 Nr.7; JW 1910,142 Nr.1; BVerfG 7,198 (206 ff.); Wolff, LZ 1914,1268 ff.; Erman-Westermann 10 zu § 138; Bauer-Mengelberg, Knebelungsverträge S.35; Maunz-Dürig, Anm. 57 zu Art.2 Abs.1; Jahr, JZ 61,102; grundsätzlich a.A. Meier-Scherling, RdA 59,86.

2) RG 77,419 (421).

3) Anders RG 128,92 (95) bzgl. eines Grundrechts d.Weim. RVerf.: Verstoß gegen ein Grundrecht soll ohne weiteres zur Sittenwidrigkeit führen.

4) RG 77,419 (421 ff.); vgl. auch RG 81,41 (45), wo bei der Beurteilung eines sog. 1500-Mark-Vertrages das Lohnbeschlagnahmegesetz erwähnt, auf seine Wertungsmaßstäbe aber nicht Bezug genommen wird.

hohe Vertragsstrafe abgesichert. Gleichwohl verkaufte der polnische Käufer das Gut später an einen Deutschen. Der ursprüngliche Eigentümer klagte die Vertragsstrafe gegen seinen Käufer ein. Das RG hielt hier ebenso wie die Vorinstanzen für die Beurteilung der Vereinbarung nach § 138 eine Auseinandersetzung mit der preußischen Ansiedelungsgesetzgebung für erforderlich. Das verwundert nicht. War es doch das Ziel dieser Gesetzgebung, der Ausbreitung polnischer Nationalität auf preußischem Boden entgegenzuwirken. Hier lag dem Gericht ein ganz spezielles und ausgefallenes Problem zur Entscheidung vor. In einem solchen Falle liegt es nahe, ein Spezialgesetz, das diesen Fragenkreis - wenn auch unter ganz anderen Gesichtspunkten - regelt, zu berücksichtigen.[1)]

Auch sonst hat die höchstrichterliche Rechtsprechung bei gemeinschaftsschädigenden Geschäften Rechtsnormen für die Ermittlung der Sittenwidrigkeit in stärkerem Maße als sonst herangezogen und den Grundsatz aufgestellt, daß solche Verträge nichtig seien, wenn "die Vertragsteile wissen und billigen, daß die Vertragsleistung einer Partei mit Hilfe von Verstößen gegen Gesetze erbracht werden soll, die im Interesse der Allgemeinheit geschaffen sind."[2)]

Einheitlich war auch die negative Abgrenzung des § 138. Hier hat das RG den Grundsatz aufgestellt, daß nicht sittenwidrig handele, wer nur das tue, was ihm durch ein Spezialgesetz erlaubt werde.[3)] Das darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß in der bisherigen Rechtsprechung zu § 138 Abs.1 praktisch die gesetzliche Wertung wenig be-

---

1) Da es sich jedoch um politische Gesetze handelte, deren Grundzüge nicht als Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken angesehen werden können, hat das RG den Vertrag mit Recht als gültig angesehen.

2) BGH NJW 1962,955 (957): Lukas-Cranach-Bild, BGH LM 1 zu § 138 (Ca).

3) RG 107,277 (281).

rücksichtigt worden ist. Im Mittelpunkt der Erörterungen steht die reichsgerichtliche Formel von Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden, d.h. tatsächlich das Sittlichkeitsempfinden und Rechtsgefühl des Richters. Man benutzt lediglich hin und wieder ein Spezialgesetz, um ein ohne dieses gefundenes Ergebnis in der Begründung zu untermauern.

Da die gesetzliche Wertung bislang nur in Sonderfällen und hilfsweise berücksichtigt wurde, überrascht die uneinheitliche, notwendig subjektiv gefärbte Rechtsprechung und die sich darin widerspiegelnde Rechtsunsicherheit nicht. Eine Änderung könnte eintreten, wenn die generellen gesetzlichen Wertungen bei der Anwendung des § 138 mehr Berücksichtigung fänden. Eine stärkere Orientierung der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit an den Wertungen des Rechts wäre denkbar, wenn man den Richter auf eine entsprechende V e r p f l i c h t u n g hinweisen und ihm gleichzeitig bestimmte Richtlinien an die Hand geben könnte. Ist aber der Richter auch im Rahmen der Generalklausel an die gesetzliche Wertung gebunden? Zur Beantwortung dieser Frage ist es erforderlich, Grundsätzliches über das Verhältnis der richterlichen Rechtsfindung zum Recht zu sagen.

2. Die richterliche Bindung an das Gesetz

Die Ausrichtung des Rechts an der Gerechtigkeitsidee läßt die (interessenbewertende) Rechtsnorm als "situationsgebundene Konkretisierung der Gerechtigkeitsidee" erscheinen.[1] Die gesetzliche Wertung ist abstrakt und generell, sie bezieht sich nur auf die typische Situation und läßt individualisierende Merkmale außer Betracht.[2] An diese

1) Westermann, Streitentscheidung S.16/7.

2) Westermann, Streitentscheidung S.23; H.J.Wolff, Stud. gen. 1952,200; Rümelin, Billigkeit S.43 ff.; Volkmar, Allgemeiner Rechtssatz S.28 ff.

in der Rechtsordnung niedergelegte Gerechtigkeitsauffassung ist der Richter gebunden.[1]

Die Bindung an den abstrakt-generellen Tatbestand des Gesetzes versagt dem Richter eine ausschließlich auf den Einzelfall abgestellte Billigkeitsrechtsprechung. Nur so kann die fest Ordnung des Gesetzes gewahrt, die ungleiche Behandlung gleicher Fälle vermieden und damit jene Konstanz der Rechtsanwendung gewährleistet werden, die auch ein Gebot der Gerechtigkeit ist.[2] Die t y p i s c h e Wertung des Gesetzes zusammen mit der richterlichen Bindung an das Gesetz gewährleisten, daß der Idee nach immer nur e i n e Entscheidung möglich ist.[3]

Der Unterschied zwischen der so bestimmten "gerechten" und der billigen, d.h. im Einzelfall gerechten und richtigen Entscheidung besteht darin, daß letztere dem Richter erst durch eine Norm ermöglicht wird, die ihm sein "im Einklang mit der Volksüberzeugung gedachtes Rechtsbewußtsein an die Hand gibt".[4] Rechtsnormen, die eine solche Bewertung gestatten, sind z.B. die im Gesetz an manchen Stellen auftauchenden u n b e s t i m m t e n Rechtsbegriffe.[5] Bei unbestimmten Rechtsbegriffen verweist das Gesetz auf außerrechtliche Wertmaßstäbe, die als feststehend unterstellt und zum Inhalt der Norm gemacht werden.[6] Damit werden Inhalt und Umfang der betreffenden

---

1) Westermann, Streitentscheidung S.21; Brox, Irrtumsanfechtung S.104; Coing, Grundsätze S.142; Düringer, Richter S.14 ff. (21 f.); Engisch, Studien S.5 ff.; Enneccerus-Nipperdey I § 51 II 3 und 4 mit weit.Nachw.; grundsätzlich a.A. (Entscheidung aus dem Rechtsgefühl) Isay, Rechtsnorm S.115 f.; dazu kritisch Westermann, Streitentscheidung S.12 Anm.10.

2) Schröder, Gesetz S.8 f.

3) Westermann, Streitentscheidung S.22.

4) Rümelin, Billigkeit S.56.

5) Westermann, Streitentscheidung S.24; zur Einzelgerechtigkeit bei der Konkretisierung von § 138 vgl. unten S.68 ff.

6) Westermann, Interessenkollisionen S.5 und Streitentscheidung S.22 f.

Rechtsnorm weitgehend ungewiß.[1] Aber man muß zwischen "subjektiver Ungewißheit der Entscheidung" und "objektiver Ungewißheit der Rechtsfolge" unterscheiden.[2] Der Verweis auf den außerrechtlichen Maßstab überläßt die Entscheidung nicht der Wahl (dem Ermessen) des Richters, sondern läßt - ebenso wie bei den bestimmten Rechtsbegriffen - der Idee nach nur e i n e richtige Entscheidung zu.[3]

Der Unterschied des unbestimmten Rechtsbegriffs zum bestimmten ist lediglich ein gradueller. Während bestimmte Rechtsbegriffe einen großen, sicheren "Begriffskern" und einen verhältnismäßig kleinen, allmählich verschwindenden "Begriffshof" haben, verhält es sich bei den unbestimmten Rechtsbegriffen umgekehrt.[4]

3. Die "guten Sitten" als wertausfüllungsbedürftiger Begriff

Die Bezugnahme auf den außerrechtlichen Maßstab der Sittlichkeit läßt den Rechtsbegriff der "guten Sitten" als unbestimmt erscheinen. Der Richter hat die im Einzelfall dem sittlichen Durchschnittsempfinden entsprechende Entscheidung zu finden. Seine Aufgabe ist es, die vom Gesetzgeber bewußt offengelassene "Leerstelle"[5] auszufüllen, d.h. die dem sittlichen Durchschnittsempfinden entsprechenden Wertmaßstäbe zu ermitteln und zur Grundlage der

---

1) Engisch, Einführung S.108.

2) Westermann, AcP 152,445/6.

3) Westermann, Streitentscheidung S.23; Kiss, Arch RW Phil III, 548/9; Enneccerus-Nipperdey I § 50 III 1 mit weit.Nachw.; abweichend Larenz, Methodenlehre S. 221 ff., 226, der ein echtes richterliches Urteilsermessen i.Sinne objektiver Ungewißheit der Bewertung anerkennt; a.A. auch Rothe, AcP 151,33 (37).

4) Engisch, Einführung S.108 f.

5) Westermann, Streitentscheidung S.23.

konkreten Entscheidung zu machen. Das sittliche Durchschnittsempfinden, die "Rechtsmoral", sieht das Gesetz als konstante Größe an, die, wenn auch einem langsamen Wandel unterliegend, auf eine bestimmte sittliche Frage jeweils nur eine richtige Antwort gibt. Aus der Hinordnung der Wertung auf den Einzelfall und der Wandelbarkeit der "guten Sitten" ergibt sich zugleich die dem unbestimmten Rechtsbegriff eigene Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles, die insoweit auch den § 138 zum Träger eines "Billigkeitsrechts" macht.[1)]

Danach ist die Beurteilung eines Sachverhalts nach § 138 der Idee nach ebenso wie jede andere Entscheidung eine Frage der richtigen E r k e n n t n i s . Das Besondere liegt in der Allgemeinheit der dem Richter gegebenen Richtlinien und darin, daß die zu erkennenden und anzuwendenden Wertmaßstäbe nicht im Gesetz selbst niedergelegt sind, sondern aus dem außerrechtlichen Bereich genommen werden müssen. Auf die damit verbundenen, vielfältigen Gefahren ist bereits hingewiesen worden.[2)]

Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtslehre haben die Gefahren erkannt, die mit der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe - zumal in Generalklauseln[3)] - verbunden sind. Zur Zeit des Erlasses des BGB freilich glaubte man noch, bei der "Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes" diese Gefahren verhältnismäßig gering veranschlagen zu können.[4)] Immerhin haben auch das BGB und andere Gesetze bereits Einzelfälle sittenwidriger Rechtsgeschäfte

---

1) Allg. zu dieser Bedeutung der unbestimmten Rechtsbegriffe: Engisch, Einführung S.126; Westermann, Interessenkoll. S.5. Vgl. auch unten S. 68 ff.

2) Vgl. oben S. 11 ff.

3) Die Begriffe "Generalklausel" und "unbestimmter Rechtsbegriff" decken sich nicht. Dieser Unterschied kann hier aber vernachlässigt werden, da wegen der Allgemeinheit des Begriffs der "guten Sitten" bei § 138 beides zusammenkommt.

4) Vgl. Mot. I S.211 f. für § 106 des 1.Entw.; Fuld, SeuffBl. 64,174.

gesondert geregelt.[1] Teilweise geforderte weitere Einzelregelungen[2] wurden nicht getroffen. Inzwischen hat eine kritische Erörterung der Vor- und Nachteile generalklauselartiger unbestimmter bzw. kasuistisch-bestimmter Rechtsbegriffe gezeigt, daß im Interesse der Rechtssicherheit auf eine Präzisierung der Generalklauseln nicht verzichtet werden kann.[3] Dementsprechend zeigt sich in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtslehre das Bestreben, die in den Generalklauseln verwandten unbestimmten ("wertausfüllungsbedürftigen")[4] Rechtsbegriffe zu k o n k r e t i s i e r e n .[5] Wie die Auslegung den Sinn eines unbestimmten Rechtsbegriffs im a l l g e m e i n e n verdeutlicht, ist die Konkretisierung die Verdeutlichung am t y p i s c h e n F a l l .[6][7]

---

1) Vgl. dazu unten S.101 ff. und 115 ff.

2) Vgl. den Antrag der Sozialdemokraten, beim Dienstvertrag eine Vorschrift aufzunehmen, die Arbeitsleistungen gegen die guten Sitten verbiete und mit "insbesondere" Vereinbarungen hinzufügen, die die Arbeiter verpflichten, gewissen Vereinen nicht anzugehören. Der Sprecher der Sozialdemokraten betonte, daß seine Partei "nicht auf die Anschauung eines königlich preußischen Amtsrichters über die guten Sitten vertrauen könne"; vgl. Lotmar, Vertrag Anm.282.

3) Erman III 1 b zu § 242; Wieacker, Präzisierung; Bartolomeyczik, Gesetzesauslegung S.69; Westermann, Interessenkollisionen S.5 ff.; Coing, NJW 1947/8, 213 ff.

4) Engisch, Einführung S.123.

5) z.B. § 3 im Verhältnis zu § 1 UWG; § 72 EheG gegenüber § 138; BGH NJW 1958,705 (706) für § 312 gegenüber § 138; Erman-Westermann 4 zu § 138; Westermann, Interessenkoll. S.29 u. Anm.79 mit weit.Nachw.; Koehler, SJZ 46,167; Larenz, Schuldrecht I § 5 IIb; Geiler, Festschrift f. Pinner S.254 ff. f.§ 138 i. Wirtschaftsrecht; Wieacker, Präzisierung, f. § 242; Wallmeyer, Kündigung, f.d.Kündigung d. Arbeitsvertr. aus wicht. Grund.

6) Larenz, Methodenlehre S.220 Anm.2, der zugleich darauf hinweist, daß es eine scharfe Trennung nicht gibt: "Die 'Konkretisierung' ist gleichsam die Fortsetzung der Auslegung in der Richtung auf den 'konkreten' Fall ..."

7) In dieser Begriffsbestimmung der Konkretisierung sind zwei Momente enthalten, einmal das S p e z i f i s c h e und sodann das T y p i s c h e , vgl. Larenz, Festschrift f. Nikisch S.279 Anm.7 im Anschluß an Engisch, Konkretisierung S.146 ff., 237 ff.

Den gesetzlichen Konkretisierungen kommt wegen ihrer authentischen Aussage besondere Bedeutung zu.

4. Die Bedeutung der gesetzlichen Konkretisierung wertausfüllungsbedürftiger Normen

a) Die Sonderbewertung

Der eigentliche Sinn einer Konkretisierung liegt in ihrer Funktion als Korrektiv der Generalklausel. Wie die Generalklausel der Schwäche einer kasuistischen Regelung, der Nichtberücksichtigung übersehener Einzelfälle, begegnen will, soll die Konkretisierung die Anwendung des abstrakten Prinzips auf die dem Gesetzgeber vorschwebenden typischen Fälle gewährleisten.[1] Als Beispiel für diese Bedeutung der Konkretisierung bietet sich § 138 Abs.2 an. Diese Vorschrift charakterisiert sich selbst ("insbesondere") als Anwendungsfall von § 138 Abs.1[2]. Mit dem Wuchertatbestand stellt das Gesetz sicher, daß das Prinzip von der Nichtigkeit sittenwidriger Rechtsgeschäfte auf die dort näher gekennzeichneten Ausbeutungsgeschäfte in jedem Fall angewandt wird. Es bedarf keiner weiteren Ausführung dazu, daß sich der Richter an diese gesetzliche Wertung ebenso wie bei jeder anderen speziellen Rechtsnorm zu halten hat. Er darf also nicht Wuchergeschäfte als gültig ansehen, weil er vielleicht glaubt, sie seien nicht sittenwidrig.

Die gesetzlichen Konkretisierungen erschöpfen sich jedoch meist nicht darin, den im Tatbestand der Generalklausel enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriff für die Einzelsituation bindend festzulegen. Aus ihrer Funktion als Spezialregel ergibt sich vielmehr die Aufgabe, die dem Spezialfall gemäße, speziellere R e c h t s f o g e fest-

---

1) Laufke, Festschrift f. Lehmann, S.159.

2) Vgl. unten S.208 Anm.1.

zulegen, wo das zweckmäßig erscheint.[1] Denn häufig paßt die sehr grobe Bewertung der Grundsatznorm nicht. Dann ordnet das Gesetz, soweit es diese Fälle regelt, eine passendere Rechtsfolge an. Die speziellere Bestimmung enthält die speziellere gesetzliche Bewertung, die die allgemeine Vorschrift verdrängt; die besondere Regelung der Rechtsfolgen geht daher grundsätzlich vor.[2]

Solche Sonderbewertungen spielen bei § 138, dessen starre Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit häufig Schwierigkeiten bereitet, eine erhebliche Rolle. Wenn sich also eine Vorschrift, die anstelle der in § 138 vorgesehenen Gesamtnichtigkeit bloße Vernichtbarkeit, Unverbindlichkeit, teilweise oder schwebende Unwirksamkeit anordnet, als Konkretisierung von § 138 erweist, so kann der besondere Tatbestand regelmäßig nicht wahlweise nach § 138 als nichtig angesehen werden. Das ist z.B. nach der Versäumung von Anfechtungsfristen von erheblicher praktischer Bedeutung.[3]

Eine über die Einzelregelung in etwa bereits hinausgehende Bedeutung kommt der gesetzlichen Konkretisierung insofern zu, als sie die speziellen G r e n z e n festlegt.[4] Sie k a n n die Voraussetzungen der Generalklausel für die Sondersituation a b s c h l i e ß e n d festlegen, so daß die Generalklausel auch auf außerhalb des gesetzlichen Tatbestands liegende Sachverhalte nicht angewandt werden kann.[5] Im einzelnen kann die Begrenzung

---

1) Fabricius, AcP 160,310; Erman-Westermann 4 zu § 138.

2) Westermann, Interessenkoll. S.26; Erman-Westermann 4 zu § 138; Fabricius, AcP 160,310/11; vgl. auch BGH 1,388 (390); 8,387 (394/5); 14,274 (281).

3) Vgl. dazu unten S.103/4.

4) Erman-Westermann 4 zu § 138.

5) Hueck Anm. zu LAG Bremen AP 1950 Nr.262; Hueck, KschG, Einltg.III 6b f.d.Verhältnis des § 242 z. KschG.

nach Gesichtspunkten verschieden sein (z.B. personellen und sachlichen).[1] Möglich ist aber auch, daß die Konkretisierung nicht abschließend sondern nur beispielhaft ist (Teilkonkretisierung). Bisweilen äußert sich das Gesetz ausdrücklich zu dieser Frage. So ergibt sich z.B. aus den §§ 11 Abs.3 KschG, 74 a Abs.3 HGB, daß weder das Kündigungsschutzgesetz noch die §§ 74 ff. HGB abschließende Konkretisierungen des § 138 sein können. Von der Sonderregelung nicht erfaßte Sachverhalte können also auch dann nach der Generalklausel bewertet werden, wenn sie den in der Konkretisierung erfaßten Personenkreis betreffen. Meist muß die Frage, ob eine abschließende oder lediglich erläuternde Konkretisierung vom Gesetz vorgenommen ist, durch Auslegung ermittelt werden. So muß z.B. durch Auslegung festgestellt werden, ob § 138 Abs.2 die Sittenwidrigkeit der Ausbeutungsgeschäfte abschließend oder lediglich erläuternd regelt.[2]

b) Die allgemeine Bedeutung

Die Möglichkeit der beispielhaften, erläuternden Konkretisierung weist auf deren Funktion als R i c h t l i n i e für die Auslegung der Generalklausel hin.[3] Diese Funktion der Konkretisierung ist unabhängig von ihrer Bedeutung für die Einzelsituation. Auch wenn sie die Einzelfrage abschließend regelt, kann sie Auskunft geben über die Bewertung vergleichbarer Interessenkollisionen: Unabhängig von der Frage, ob der Wuchertatbestand die Sittenwidrigkeit von Ausbeutungsgeschäften abschließend regelt, kann deshalb § 138 Abs.2 Auskunft über das Erfordernis subjektiver Voraussetzungen bei anderen sittenwidrigen Rechtsgeschäften geben.[4]

---

1) Vgl. dazu unten S. 93/4 und S.94 Anm.1

2) Vgl. dazu unten S. 213.

3) Laufke, Festschrift f. Lehmann S.159; Larenz, Methodenlehre S.220 Anm.2.

4) Vgl. unten S. 215 f.

Solche, in Konkretisierungen zum Ausdruck gelangenden Wertungsmaßstäbe muß der Richter bei der Auslegung der Generalklausel berücksichtigen. Soweit die Konkretisierung Aufschluß über ein allgemeines, stets bei der Anwendung des § 138 zu prüfendes Kriterium gibt - etwa die subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit -, folgt die Verpflichtung des Richters zur Berücksichtigung dieser Wertung bereits aus der allgemeinen richterlichen Bindung an das Gesetz. Denn insoweit handelt es sich um einen b e s t i m m t e n Wertungsmaßstab, und es kann keinen Unterschied machen, ob dieser sich aus der Generalklausel selbst oder aus einer Konkretisierung ergibt. Im übrigen ist folgende Erwägung maßgebend:
Wortlaut und Sinn des § 138 sind unbestimmt, sie geben dem Richter lediglich eine ganz allgemeine Richtlinie[1], aber keine konkreten Direktiven. Materiell unterscheiden sich solche Gesetzesstellen nicht grundsätzlich von anderen, die bestimmte Fragen überhaupt nicht regeln (Subsumtions-Lücken[2], Lücken praeter legem[3], Lücken im engeren Sinne[4]). Die Aufgabe des Richters ist in beiden Fällen die gleiche. Hier wie dort muß er die konkreten Wertungsmaßstäbe erst selber ermitteln, bevor er sie anwenden kann. Deshalb sind beide Fälle auch dogmatisch gleich zu behandeln. "Eine Lücke besteht nicht nur da, wo der Ausspruch des Gesetzes zu eng, sondern ganz ebenso sehr auch da, wo sein Ausspruch zu weit gefaßt ist."[5] Dieser Satz, der zur Kennzeichnung spezieller, aber unvollständiger, nicht genügend differenzierter Normen aufgestellt ist, paßt auch für unbestimmte Rechtsbegriffe in Generalklauseln. Denn wie in jenem, so wird auch in

---

1) Enneccerus-Nipperdey I § 58 I 1.
2) Meier-Hayoz, Richter S.65 und 64.
3) Germann, ZSR 68 (1949), 309.
4) Heck, AcP 112,162.
5) Reichel, Gesetz S.95 f.

diesem Fall eine Lücke in der gesetzlichen Wertung nur formal (durch eine zu weite bzw. zu unbestimmte Formulierung) geschlossen. Da konkrete Bewertungsmaßstäbe fehlen, kennzeichnet im Grunde auch § 138 Abs.1 eine Lücke im Gesetz (Wertungslücke, Lücke intra legem, Lücke im weiteren Sinne[1]).[2]

Bei der Lückenausfüllung hat sich der Richter in erster Linie der Analogie zu bedienen.[3] Die Analogie in ihren beiden Formen, der Gesetzes- und Rechtsanalogie, knüpft an die Rechtsnorm an. Sie besteht in der "Übertragung einer gesetzlichen Bewertung auf nicht geregelte Interessenlagen, die den im gesetzlichen Tatbestand erfaßten wesensähnlich sind."[4] Die Gesetzesanalogie geht von einem einzelnen Rechtssatz aus, erarbeitet den Grundgedanken dieser Vorschrift und wendet ihn auf den nicht geregelten Fall an.[5]

Im Rahmen des § 138 kann eine solche "Gesetzesanalogie" zunächst einmal nur dazu führen, das in der Konkretisierung ausgesprochene gesetzliche Unwerturteil auf den vergleichbaren Tatbestand zu übernehmen und damit zur tatbestandsmäßigen A u s f ü l l u n g der "Blankettnorm" beizutragen. Die R e c h t s f o l g e , die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, ist von § 138 für alle Fälle grundsätzlich vorgeschrieben.[6] Das schmälert aber nicht die

---

1) Vgl. S.50 Anm.2 bis 4.

2) So auch Heck, AcP 112,161 f.; Zitelmann, Lücken Anm.18; Westermann, Interessenkollisionen S.7, Streitentscheidung S.33; Enneccerus-Nipperdey § 58 I 1; Kiss, Arch RWPhil III, 548/9; BVerfG JZ 1954,32 (36); Germann, ZSR 68,309; a.A. Sauer, Methodenlehre § 34 a II 1; Staudinger-Brändl Einl. 64 f.; Engisch, Einführung S.137.

3) Statt aller Enneccerus-Nipperdey I § 58 II, Heck, AcP 1914,174; Westermann, Interessenkollisionen S.7.

4) Westermann, Interessenkollisionen S.7.

5) Enneccerus-Nipperdey § 58 II 1 a.

6) Eine ausführliche Erörterung dieser Frage geht über das Thema hinaus. Vgl. aber unten S. 231 ff.

beispielhafte Bedeutung einer gesetzlichen Konkretisierung des § 138 für die richterliche Bewertung rechtlich vergleichbarer Fälle.[1)]

Daraus ergibt sich, daß die Ermittlung von Konkretisierungen des § 138 in ihrer Bedeutung über die Einzelsituation hinausgeht. Ebenso wertvoll für die Ermittlung des rechtlich maßgeblichen Sittlichkeitsbegriffs kann es aber sein, wenn sich bei der Überprüfung ergibt, daß ein gesetzlicher Unwirksamkeitsgrund gerade keine Konkretisierung von § 138 BGB ist. Eine Bestimmung, die ein Verhalten mißbilligt, aber nicht den schweren Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründet, ist für die n e g a t i v e Abgrenzung der Sittenwidrigkeit wertvoll (argumentum e contrario).[2)] Auch eine solche Bestimmung kann, wenn sie Allgemeingültiges aussagt, allgemeine Bedeutung für § 138 haben.

5. Die richterliche Konkretisierung

Die Ermittlung des gesetzlichen Sittlichkeitsbegriffs aus dem Recht darf bei einer Berücksichtigung der gesetzlichen Konkretisierungen nicht stehen bleiben. Das Recht besteht nicht nur aus den Gesetzen und ihren einzelnen Bestimmungen. Die Gesetze sind lückenhaft und die Ausfüllung der Lücken bleibt der Rechtsprechung und Rechtslehre überlassen, die damit zur Ergänzung der Rechtsordnung beitragen. Von gefestigter Rechtsprechung und bewährter Rechtslehre entwickelte Grundsätze gehören deshalb ebenfalls zum positiven Recht.[3)]

Bei der Ausfüllung der Generalklauseln kommt dieser Art der Rechtsentstehung besondere Bedeutung zu. Die durch

---

1) Für die Analogie bei Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe: Vgl. Zitelmann, Lücken Anm.18; Lehmann, Allg. Teil § 8 III 1 bis 3; dagegen Staudinger-Brändl Einl.64.

2) So Zöllner, Stimmrechtsmacht S.300 f. § 197 Abs.2 AktG.

3) Esser, Grundsatz S.285 u. JZ 1953,522; Wieacker, JZ 1957,705; Simitis S.175; Germann, ZSR 68,298 ff.,424 ff. sowie Meier-Hayoz, Richter, insbes. S.76 ff.

den unbestimmten Rechtsbegriff gekennzeichnete Lücke, zu deren Ausfüllung das Gesetz nur eine sehr allgemeine Richtlinie angibt, stellt die Richter, insbesondere die Richter des höchsten Gerichts, vor die Aufgabe, in ihren Entscheidungen die Gerechtigkeitsmaßstäbe erst zu entwickeln und dadurch die "Blankettnormen" auszufüllen.[1] Die richterliche Wertung beginnt dort, wo dem Gesetz auch durch Analogieschluß keine speziellen Anweisungen mehr entnommen werden können.[2] Dabei darf der Richter jedoch nicht einfach von seinem Rechtsgefühl ausgehen[3], sondern er hat - wie Art.1 Abs.2 des Schweiz.ZGB vorbildlich bestimmt - "nach der Regel zu entscheiden, die er selbst als Gesetzgeber aufstellen würde" und "er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung" (Art.1 Abs.3 ZGB).[4] Es handelt sich um die Entwicklung bestimmter Bewertungsmaßstäbe, die aus der Einzelfallentscheidung hervorgehen, aber als allgemeinverbindlich gedacht sind.[5] Diese vom Richter geschaffenen Konkretisierungen unterscheiden sich ihrer Art nach von den gesetzlichen dadurch, daß sie allgemeiner sind. Sie bleiben Generalklauseln und lassen für die Berücksichtigung des Einzelfalles genügend Raum.[6] Es handelt sich um engere "Richtlinien" und "Wertungsmaßstäbe".[7]

---

1) Isay, Rechtsnorm S.175,240 f., 360; Germann, ZSR 68,309 ff.

2) Meier-Hayoz, Richter S.162,254 f.

3) So aber Isay, Rechtsnorm S.175.

4) Dafür, daß es sich hierbei nicht um eine Verweisung auf das Rechtsgefühl des Richters handelt, sondern um Entscheidung aus dem Geist des Gesetzes, vgl. Meier-Hayoz, Richter S.255 f.

5) Westermann, Interessenkollisionen, S.5 u.29 u. RG 136,247 (253 f.) zu den Tatbeständen der Sittenwidrigkeit v. Sicherungsübereignungen. Eine Herausarbeitung solcher in der Rechtsprechung zu § 138 entwickelten Bewertungsmaßstäbe bei Coing, NJW 1947/8,213 ff.; RG 160, 349 (357 f.) f. § 242; Wieacker, Präzisierung S.20 ff.

6) Westermann, Interessenkollisionen S.5/6; Erman III 1b zu § 242 spricht von "relativen Voraussetzungen, die im Einzelfall durch andere Umstände verdrängt und ersetzt werden können."

7) BAG JZ 1955,120 f. m.Anm. Lent, Erman III 1b zu § 242.

Die Führungsaufgabe qualifiziert in erster Linie die obersten Gerichte zur Aufstellung allgemeiner Wertungsgrundsätze, ohne die vor allem das Wirtschaftsleben nicht auskommt.[1] Trotzdem besteht zwischen gesetzlicher und richterlicher Konkretisierung ein wesentlicher Unterschied. Denn der Richter darf bei der Auswahl der verschiedenen Bewertungsmöglichkeiten reine rechtspolitische Erwägungen nicht berücksichtigen; er ist an die Grundgedanken der Rechtsordnung, insbesondere an die immanent im Gesetz niedergelegten Wertmaßstäbe gebunden.[2] Die Berücksichtigung "bewährter Lehre und Überlieferung" sichert der F a l l - v e r g l e i c h u n g [3] und den von der Wissenschaft entwickelten Lehrsätzen Einfluß auf die richterliche Bewertung. Die "Gesetzesähnlichkeit der richterlichen Bewertungsnorm"[4] rechtfertigt es aber, sie bei der Ermittlung des gesetzlichen Sittlichkeitsbegriffs - wenn auch unter Berücksichtigung ihres allgemeineren Charakters - im Prinzip gleichbedeutend neben die gesetzliche Konkretisierung zu stellen. Damit ergibt sich die Möglichkeit, auch richterliche Konkretisierungen als Anhaltspunkte bei der Ermittlung des rechtlich maßgebenden Sittlichkeitsbegriffs zu verwerten. Zugleich stellt sich die Aufgabe, richterliche Bewertungsnormen, deren richtige systematische Einordnung zweifelhaft erscheint, auf ihr Verhältnis zu § 138 zu überprüfen.

6. Die Wertmaßstäbe der Rechtsordnung

Gesetzliche und richterliche Konkretisierungen geben dem Richter bei der Einzelfallentscheidung nur unvollkommene

---

1) Westermann, Interessenkollisionen S.6; Isay, Rechtsnorm S.116; a.A. v.Godin, MuW 1930,44 ff.

2) Westermann, Interessenkollisionen S.8; Streitentscheidung S.12 u.25; Esser, JZ 53,525; vgl. unten S.55 ff.

3) Vgl. dazu Larenz, Methodenlehre S.220 f.

4) Westermann, Interessenkollisionen S.8; Esser, JZ 53,525.

Anweisungen: Beide sind bislang nur in beschränkter Anzahl entwickelt. Bei den richterlichen Konkretisierungen kommt noch hinzu, daß sie - selber Generalklauseln - ebenfalls unvollständig sind und im Einzelfall weiterer Ausfüllung bedürfen.[1] Gesetzliche und richterliche Konkretisierungen reichen also zur Ausführung der durch die "guten Sitten" gekennzeichneten gesetzlichen Wertungslücke nicht aus. Es bleibt zu prüfen, ob das Recht dem Richter weitere Anhaltspunkte für die Ermittlung des gesetzlichen Sittlichkeitsbegriffs bietet oder ob es den Richter hier schon mit dem Verweis auf die im Volke herrschenden durchschnittlichen sittlichen Anschauungen allein läßt.

a) Die Rechtsanalogie. Das "Wertbewußtsein" des Gesetzes

Der Gedanke der Gesetzesanalogie führte dazu, der gesetzlichen Konkretisierung über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung für § 138 BGB zuzuerkennen. Neben der Gesetzesanalogie steht die R e c h t s analogie zur Lückenausfüllung bereit. Unter Rechtsanalogie versteht man die Übertragung der sich aus mehreren Gesetzesstellen, aus dem Gesetzeszusammenhang ergebenden Leitgedanken auf den nicht geregelten Fall.[2]

Die Funktion der Rechtsanalogie kennzeichnet der von Larenz verwandte Ausdruck "Gesamtanalogie".[3] Er macht deutlich, daß es nicht wie bei der Gesetzes- oder "Einzelanalogie" darum geht, die für einen bestimmten Tatbestand entwickelte Wertung auf einen rechtlich vergleich-

---

1) So besonders deutlich BGH vom 4.2.1954: "Die Tatbestände des RG 136,253 können danach nur einen Hinweis auf die Richtung geben, in die der Vertrag zu prüfen ist", Urteil insoweit zitiert bei Westermann, Interessenkollisionen Anm.79.

2) Vgl. Lehmann, Allg.Teil § 8 III 3; Enneccerus-Nipperdey I § 58 II 1 b; zu d.Begriff d.Rechtsanalogie kritisch: Sauer, Methodenlehre S.310 ff.; Meier-Hayoz S.255.

3) Larenz, Methodenlehre S.293.

baren Tatbestand zu übertragen. Es wird vielmehr aus den Grundgedanken mehrerer Regeln ein a l l g e m e i n e r Rechtsgrundsatz erschlossen und auf den nicht geregelten Sachverhalt angewandt.[1] Für § 138 folgt daraus, daß nicht nur gesetzliche und richterliche Konkretisierungen, sondern auch aus mehreren Normen, aus dem Gesetzeszusammenhang sich ergebende Leit- und Grundgedanken zu berücksichtigen sind.[2]

Die Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze kennzeichnet die Gesamtanalogie als die Vorstufe zu einer Rechtsfindung aus dem "Geiste der Rechtsordnung".[3] Die Weiterführung des Gedankens der Rechtsanalogie führt deshalb zu der Erkenntnis, daß der Richter auch an die immanent in der Kodifikation niedergelegten Wertmaßstäbe, an das dem Gesetz zugrundeliegende "Wertbewußtsein" gebunden ist.[4] Die richterliche Tätigkeit ist ihrem Wesen nach "Erkenntnis" und damit Anwendung gesetzlicher Wertungen; neue "Grundsatzwertungen" stehen in der Regel nur dem Gesetzgeber zu.[5] Die Berücksichtigung der im Gesetz enthaltenen Werturteile, des in ihm ausgedrückten Gemeinwillens, führt zu einer r e c h t s g e m ä ß e n Lösung aus dem "Geist des Gesetzes".[6]

Das im Gesetz immanent enthaltene "Wertbewußtsein" beruht auf Wert- bzw. Unwerturteilen und damit auf sittlichen

---

1) Vgl. Anm. 2 S.55.

2) Vgl. dazu Anm.3S.55, Anm. 2 S. 57 sowie Westermann, Streitentscheidung S.32 ff., Interessenkollisionen S.8,29. Nach Larenz (Festschrift f.Nikisch S.300) ist zwischen Rechts g r u n d s ä t z e n und allgemeinen Rechts g e d a n k e n (= "Prinzipien") zu unterscheiden. Die Rechtsgrundsätze sollen grundlegende Normen eines Rechtsgebietes kennzeichnen (z.B. Vertragsfreiheit), die allgemeinen Rechtsgedanken die "sinngebende Mitte" einer Mehrheit von Rechtsregeln sein (z.B. Vertrauensprinzip); anders Simitis S.173 f. unter Bezugnahme auf Esser,Grundsatz S.47 ff. Die Unterscheidung kann hier vernachlässigt werden,da sie f.d.Ermittlung rechtsethischer Gesichtspunkte bedeutungslos ist;vgl.S.57 Anm.3

3) Vgl.Anm.2 S.55.Aus diesem Grunde üben Sauer und Meier-Hayoz (vgl. S.55 Anm.2) an dem Begriff der "Rechtsanalogie" Kritik.

4) Westermann, Interessenkollisionen S.8 u.29.

5) Westermann, Streitentscheidung,S.36; vgl. aber auch

Maßstäben.[1] Es entspricht der in § 138 aufgestellten Richtlinie der "guten Sitten". Zur Ausfüllung der durch § 138 gekennzeichneten "Leerstelle" können die gesetzlichen Werturteile deshalb unmittelbare Anhaltspunkte geben. Das Wertbewußtsein des Gesetzes, die gesetzliche Wertordnung, steht hinter und über der Einzelnorm.[2] Es ist unabhängig von der Einzelgestaltung und findet in allgemeinen Rechtsgedanken und Rechtsgrundsätzen seinen Ausdruck.[3]

Durch die Orientierung am Wertbewußtsein der Rechtsordnung erhält die richterliche Entscheidung die nötige Ausrichtung an der Rechtswirklichkeit. Es wird verhindert, daß der Richter bei der Anwendung des § 138 einer theoretischen oder nicht allgemein anerkannten und geübten Sittlichkeit folgt. Seine sittlichen Anforderungen werden auf den das Recht kennzeichnenden Grad des Durchschnittlichen und allgemein Erreichbaren gesenkt (oder gehoben!). Er wird damit der in § 138 enthaltenen Richtlinie gerecht. Im einzelnen sind die angedeuteten Gesichtspunkte noch zu erläutern.

b) Ermittlung und Bedeutung sittlich-rechtlich fundierter Rechtsgrundsätze und Prinzipien

aa) Ordnungs- und rechtspolitische Bestimmungen

Zunächst sei betont, daß es nicht darum geht, eine R e c h t s widrigkeit zu ahnden, sondern ein s i t t e n widriges Verhalten zu erkennen. Es sei noch einmal daran

---

unten S.70.

6) Lehmann, Allg.Teil § 8 III 2; Heck, AcP 112,230 spricht von "Fernwirkung gesetzlicher Werturteile".

1) Vgl. unten Anm.3 und S.66.

2) U.U. kann auch einmal einer einzelnen Norm ein allgemeiner Rechtsgrundsatz entnommen werden, z.B. der Grundsatz der Schadensverteilung bei Mitverantwortlichkeit des Geschädigten aus § 254 Abs.1, vgl. Larenz,Methodenlehre S.294.

3) RG 77,419 (421 und 423); JW 1909,412 Nr.7; BAG, AP Nr.7 zu § 74 HGB; Erman-Westermann 10 zu § 138; Bauer-Mengelberg, Knebelungsverträge S.35; Jahr,JZ 61,102; Würdinger in Anm. zu AP Nr.3 zu § 133 f. GewO; im Ergebnis ebenso

erinnert, daß § 138 den Richter nicht ermächtigt, nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten zu entscheiden,[1] schlechthin bei sittlich neutralem Verhalten einen Interessenausgleich zu suchen[2] oder das prinzipiengetreue Wirken der Rechtsinstitute zu schützen.[3] Es können also nur Rechtsnormen und Rechtsgrundsätze berücksichtigt werden, die sich auf das von Recht und Sittlichkeit gleichermaßen beherrschte Lebensgebiet beziehen.[4] Nur s i t t l i c h - r e c h t l i c h fundierte Rechtsnormen und Rechtsgrundsätze können verwertet werden.

Daraus folgt zunächst, daß ein Verstoß gegen die Grundgedanken all jener Vorschriften, die nur aus Gründen ordnender Zweckmäßigkeit erlassen worden sind, für § 138 nicht von Bedeutung ist.[5] Aber auch Vorschriften und Grundsätze, die reinen rechts- oder wirtschaftspolitischen Zwecken dienen, vermögen einen Sittenverstoß nicht zu begründen. Sie können nur für die negative Abgrenzung des § 138 von Bedeutung sein. Denn was vom Gesetz gewünscht wird, oder was gesetzlich anerkannten rechts- und wirtschaftspolitischen Zwecken entspricht, das kann von der rechtlich geforderten Sittlichkeit nicht mißbilligt werden.

Esser, Schuldrecht § 202, 3 c aa; nach Fischer, Rechtswidrigkeit S.90, sind die "schwereren Verletzungen" des Rechts unsittlich.

1) Siebert-Hefermehl 2 zu § 138.

2) Westermann, Interessenkollisionen, S.28.

3) Vgl. dazu S.23 f. u. 35 f.

4) Vgl. oben S.36 ff.

5) Siebert-Hefermehl 35 zu § 138 u. oben S.23 ff. . Vgl. auch Larenz, Methodenlehre, S.255 f., der zwischen rechts - e t h i s c h e n (z.B. Minderjährigenschutz) und rechts - t e c h n i s c h e n Prinzipien (z.B. Publizitätsprinzip im Sachenrecht) unterscheidet; entsprechendes gilt von den "Grundsätzen" (zur Unterscheidung nach Larenz vgl. oben S.56 Anm.2), auch dort gibt es sittl. fundierte (z.B. Verbindlichkeit d. Verträge) u. andere (z.B. Formfreiheit d. Verträge), Larenz, Festschrift f. Nikisch, S.300.

bb) Sondervorschriften und Strafrecht

Die Ermittlung der für alle gültigen, sittlichen M i n d e s t anforderungen bedingt insbesondere, die allgemeinen Rechtsgrundsätze von der Einzelgestaltung durch Sondervorschriften zu unterscheiden.[1] Sondervorschriften können zur Ermittlung des generellen Sittlichkeitsbegriffs nur insoweit herangezogen werden, als sie (in Verbindung mit anderen Vorschriften) allgemeine rechtliche Bedeutung haben. Im Arbeitsrecht z.B. muß zunächst die einzelne arbeitsrechtliche Schutznorm unberücksichtigt bleiben. Aus der Gesamtheit der arbeitsrechtlichen Schutznormen ergibt sich der Rechtsgedanke der Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers. Dieser Gedanke verlangt zweifellos bei der Ermittlung eines Sittenverstoßes im Arbeitsrecht Berücksichtigung. Da es sich aber um einen verhältnismäßig speziellen, nur auf den besonderen Verhältnissen des Arbeitsrechts beruhenden Gedanken handelt, wird noch zu klären sein, ob ein Verstoß gegen diesen Grundgedanken des A r b e i t s r e c h t s für sich allein schon zur Sittenwidrigkeit führt.[2]

Ähnlich verhält es sich mit der Bedeutung gesetzlich normierter Standespflichten. Standespflichten sind Sonderpflichten; ein Verstoß gegen sie begründet deshalb grundsätzlich nicht den Vorwurf der Sittenwidrigkeit.[3] Nicht jedes disziplinarisch zu ahndende Verhalten ist auch schon sittenwidrig.[4] Anders liegt es nur dort, wo gleichzeitig gegen allgemeine rechtliche Pflichten oder sittliche An-

---

1) Erman-Westermann 10 zu § 138.

2) Vgl. dazu unten S. 86, 91 ff., 112, 196 ff.

3) Wie hier RG 83,109 (114); 115,141 (144); 142,70 (81); Erman-Westermann 5 zu § 138; unklar Siebert-Hefermehl 87 zu § 138; a.A. z.B. Luetgebrune, Standeswidrigkeit, S.45 ff.

4) RG 113,1 (4).

schauungen verstoßen wird.[1] Bei Rechtsgeschäften innerhalb eines bestimmten Standes können besondere Standespflichten allerdings zu einer Verschärfung des Maßstabes führen.[2] Darüber hinaus kann das allgemeine Interesse an korrekter Amtsführung bei öffentlichen Berufen, die wichtige Gemeinschaftsaufgaben erfüllen, zu einer stärkeren Berücksichtigung von Standesvorschriften führen. Dieser Gesichtspunkt ist z.B. für die Zulässigkeit bestimmter Honorarvereinbarungen der Rechtsanwälte von Bedeutung. Der deutsche Rechtsanwalt ist nicht nur Parteivertreter, sondern Organ der Rechtspflege. Ihm obliegt es, bei der Findung des Rechts mitzuwirken. Er darf sich bei seiner Tätigkeit als Beistand und Berater der Partei nur von Rücksichten auf die Sache selbst leiten lassen.[3] Vereinbarungen, die die Erfüllung dieser Aufgaben gefährden, oder angesichts der öffentlichen Stellung des Rechtsanwaltes unwürdig erscheinen, sind deshalb sittenwidrig.[4]

Allgemein kommt den Standesgeboten Bedeutung für die negative Abgrenzung des § 138 zu. Denn wer nur tut, was ihm durch ein Spezialgesetz gestattet ist, der handelt nicht sittenwidrig.[5] Ist also ein Verhalten nicht standeswidrig, dann ist es auch nicht sittenwidrig.[6]

Da nur allgemeine Rechtsgedanken und Rechtsgrundsätze zur Ermittlung des generellen Sittlichkeitsbegriffs herange-

---

1) Erman-Westermann 5 zu § 138.

2) Vgl. RG 48,114 (125); "Anschauungen des ehrbaren Kaufmannes".

3) RG 142,70 (73).

4) Das kann besonders leicht bei der Vereinbarung von Erfolgshonoraren der Fall sein; vgl. S.59 Anm.3. Bei einem ausländischen Rechtsanwalt fallen diese Gesichtspunkte fort. Er kann deshalb ein Erfolgshonorar vereinbaren, BGH 22,162 (165).

5) RG 107,277 (281).

6) RG 153,294 (305).

zogen werden, die einzelne Vorschrift nur berücksichtigt wird, soweit sie allgemeine rechtliche Bedeutung hat und Verstöße gegen reine Ordnungs- und Sondervorschriften ganz unberücksichtigt bleiben, behält § 134 neben § 138 seine Bedeutung.

Den Gegensatz zu den Sonderpflichten bilden diejenigen Bestimmungen, die nicht nur alle Rechtsgenossen verpflichten, sondern deren Verletzung sogar eine Bestrafung zur Folge hat.[1] Die Vorschriften des Kriminalstrafrechts kennzeichnen den Bereich derjenigen Normen, deren Beachtung die Rechtsordnung mit allen Mitteln gesichert sehen will. Diese "Normen" sind im Strafrecht die hinter den einzelnen Strafbestimmungen stehenden Gebote. Sie sind vorgegeben, lassen sich aber jeweils aus dem ersten Teil der Strafbestimmung ableiten.[2] Die Norm dient dem Schutz des Rechtsgutes und ist unabhängig von der Schuldform.[3] Die Norm als verbindliches Sollen gründet sich auf die Annahme sittlicher Werte.[4] Daraus ergibt sich die sittliche Verwurzelung des Strafrechts, die stärker ist als bei allen anderen Rechtsgebieten.[5] Die Normen des echten Kriminalstrafrechts (StGB) sind auch im Rahmen der Durchschnittsmoral rechtliche Minimalforderungen. Ihre Verletzung begründet - beim Vorliegen der für § 138 erforderlichen subjektiven Voraussetzungen - in aller Regel den

---

1) Vgl. auch Fischer, Rechtswidrigkeit S.85, der bei der Ermittlung der Sittenwidrigkeit Standesrecht und Beamtenstrafrecht gegenüberstellt.

2) Binding, Normen I, 35 ff. (45); z.B. das Gebot "du sollst nicht töten" aus § 211 StGB.

3) Binding, Normen I, 54; hinter § 211 und § 222 StGB steht also dieselbe Norm.

4) Thierfelder, Normativ S.10.

5) Baumann, Strafrecht § 3 II 1 und § 3 III 2.

Vorwurf der Sittenwidrigkeit.- Die Beschränkung auf das Kriminalstrafrecht ist angesichts der Tendenz des Gesetzgebers zu weitgehender "Pönalisierung" des gesamten öffentlichen Lebens erforderlich.[1] Deshalb können namentlich nicht alle Vorschriften des Verwaltungsstrafrechts unbesehen einbezogen werden.

Die Sittenwidrigkeit eines Verstoßes gegen strafrechtliche Normen besagt nicht, daß umgekehrt alles, was strafrechtlich nicht erfaßt ist, mit den "guten Sitten" zu vereinbaren sei. So ist z.B. der Mißbrauch der Sexualsphäre nicht nur, wenn er als Erwerbsquelle dient oder sonst in der Förderung fremder Unzucht besteht, sondern - über den Inhalt der Kuppeleitatbestände hinaus - auch dann sittenwidrig, wenn er der Förderung e i g e n e r Unzucht oder der Belohnung für unzüchtiges Treiben dient.[2] Zwischen den beiden bezeichneten Normenbereichen - den Sondervorschriften einerseits, dem Strafrecht andererseits - liegt der Bereich all jener Vorschriften, die ohne die hervorgehobenen Einschränkungen der Ermittlung allgemeiner Rechtsgedanken dienen und damit Anhaltspunkte für die sittlich-rechtliche Bewertung bieten können.

Nicht jeder Verstoß gegen einen sittlich fundierten Rechtsgrundsatz führte aber schon zur Sittenwidrigkeit. Entscheidend muß vielmehr neben dem Maß des sittlichen Gehalts und der Stärke des Verstoßes die Allgemeingültigkeit des Grundsatzes sein. Je allgemeiner und unbedingter ein Grundsatz Geltung beansprucht, desto eher wird ein Verstoß zur Sittenwidrigkeit führen.[3]

---

1) Baumann, Strafrecht § 3 III 2.

2) Vgl. Siebert-Hefermehl 83 ff. zu § 138.

3) Dieser Gedanke ist namentlich für die Abgrenzung zu § 242 von Bedeutung; vgl. unten S.98.

cc) Wertungs- und Prinzipienwidersprüche

Bisweilen wird die Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze dadurch erschwert, daß das Gesetz selbst einen Grundsatz nicht konsequent durchführt, sondern Ausnahmen macht, die durch den Spezialfall nicht begründet sind. Solche Abweichungen können echte "Wertungswidersprüche"[1] sein. Ihre Beseitigung ist nicht in allen Fällen möglich.[2] Im übrigen wird man unter Berücksichtigung der gesamten Rechtsordnung zu ermitteln haben, welches der allgemeinere und sittlich richtige Grundsatz ist.[3]

In den meisten Fällen kommt aber nicht nur e i n Grundsatz zur Anwendung, sondern es werden gleichzeitig mehrere betroffen: Gegen den einen Grundsatz wird verstoßen, während zugleich einem anderen entsprochen wird. Solche Widersprüche sind möglich, weil "ein Rechtsteil oder das Rechtsganze nach gegensätzlichen Grundgedanken gesetzgeberisch gestaltet ist, ohne daß die Verschiedenheit der Prinzipien in der Verschiedenheit der zu regelnden Lebensgebiete begründet ist".[4] Die Auflösung der Widersprüche hat nach der "Ranghöhe" der Grundsätze zu erfolgen.[5] Wo die Ranghöhe zweifelhaft ist, müssen die Grundsätze unter Berücksichtigung des positiven Rechts sowie aller Umstände des Einzelfalles gegeneinander abgewogen werden.[6] Für die Ranghöhe und Tragweite der Prinzipien werden sich häufig erst aus richterlichen Bewertungsnormen oder einer ge-

---

1) Engisch, Einführung S.61; als Beispiel führt er §§ 227, 228 an.

2) Engisch, Einführung S.63.

3) Vgl. auch S.64 ff.

4) Engisch, Einführung S.64; Simitis S.188 f. nennt als Beispiel den möglichen Widerstreit zwischen Vertragsfreiheit und persönlicher und wirtschaftlicher Freiheit.

5) Larenz, Festschrift f. Nikisch S.303; Simitis S.189.

6) Simitis S.189.

festigten Lehre konkrete Anhaltspunkte ergeben.[1] Letztlich entscheidend ist aber "das einer Rechtsordnung zugrunde liegende Wertsystem".[2] Für die Erkenntnis dieses Wertsystems, das zur Auflösung von Wertungs- wie Prinzipienwidersprüchen in gleicher Weise maßgebend ist, kommt der Verfassung, namentlich den verfassungsmäßigen Grundrechten eine besondere Bedeutung zu.

c) Die Bedeutung des Grundgesetzes, insbesondere der Grundrechte

Die Frage nach der Bedeutung der Grundrechte im Privatrecht ist seit Inkrafttreten des Grundgesetzes vielfach erörtert worden. Die Ansicht, daß zumindest ein Teil der Grundrechte unmittelbare Wirkung im Privatrecht habe, und ein Verstoß deshalb schon zur Nichtigkeit nach § 134 führe, ist namentlich von Nipperdey vertreten worden.[3] Besondere Bedeutung kommt dieser Ansicht zu, weil auch der 1.Senat des Bundesarbeitsgerichts in diesem Sinne entschieden hat.[4] Bei konsequenter Durchführung gelangt die Lehre von der "Drittwirkung" der Grundrechte zu einer weitgehenden Ausschaltung der Privatautonomie. Lehrreich ist das Beispiel von Boehmer[5]: "Daher ist eine letztwillige Bestimmung nichtig, die jemand wegen seines Geschlechts (dies wohl auch nach Abs.II), seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft,

---

1) Simitis S.179.

2) Larenz, Festschrift f. Nikisch S.303.

3) Nipperdey in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Grundrechte II S.36.

4) BAG 1,185 (191 ff.) f.d.Grundrecht der freien Meinungsäußerung u.d.Diskriminierungsverbot wegen politischer Einstellung. BAG NJW 1957,1688 ("Zölibatsklausel") f. Art.1,2 u.6 Abs.1 GG; vgl. im übrigen: AP Nr.2 zu 13 KschG, AP Nr.4 zu Art.3 GG, NJW 1962,1981 ff. Unklar bleibt die Ansicht des 2.Senats in BAG AP Nr.3 zu § 133f GewO.

5) Boehmer in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Grundrechte II S.422, zit. bei Maunz-Dürig Rdz. 130 zu Art.1 III GG.

seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt." Es liegt auf der Hand, daß solche Rechtssätze zu weitgehender Aufhebung bestehender Rechtsinstitute und zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen müßten. Es lassen sich deshalb auch beachtliche Gegengründe anführen. Ohne jeden Anspruch auf eine erschöpfende Behandlung des vielschichtigen Problems sei nur auf einige Gesichtspunkte hingewiesen, die sich aufdrängen. So läßt sich dem oft zitierten Satz, daß dem Einzelnen nicht erlaubt sein könne, was dem Staat verboten sei, mit dem Hinweis auf die dem Einzelnen nach Art.1 Abs.1 und 2 Abs.1 gewährte grundrechtliche Freiheit begegnen, die j e d e r der am Geschäft beteiligten k o o r d i n i e r t e n Privatpersonen zusteht.[1] Und historisch haben sich die Grundrechte als Abwehrrechte des Einzelnen gegenüber der hoheitlichen Gewalt entwickelt.[2] Eine weiterreichende Bedeutung hat man ihnen nicht zugemessen. Auch im Grundgesetz lassen sich keine Anhaltspunkte für eine Ausdehnung der Grundrechte auf den privatrechtlichen Bereich finden. Im Gegenteil spricht der Wortlaut der Art.1 Abs.3, 19 Abs.4 eher für eine Bindung nur der öffentlichen Gewalt.[3] Lediglich dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit ist ausdrücklich Wirkung gegenüber jedermann beigelegt. Aber Art.9 Abs.3 S.2 GG läßt sich nicht für eine allgemeine Drittwirkung der Grundrechte anführen. Vielmehr legt der Ausnahmecharakter dieser Bestimmung den Umkehrschluß nahe.[4] Danach spricht viel

---

1) Maunz-Dürig, Rdz. 130 zu Art.1 III GG.

2) V.Mangoldt-Klein Vorb. A II 4 a.

3) Götz Hueck in Anm. zu LAG Stuttgart, AP Nr.1 zu Art. 12 GG, Wertenbruch Anm. zu BAG AP Nr.6 zu Art.12 GG.

4) Götz Hueck in Anm. zu LAG Stuttgart,AP Nr.1 zu Art. 12 GG.

dafür, den Grundrechten keine unmittelbare Wirkung im Privatrecht zuzubilligen.[1] Spricht man den Grundrechten keine "Drittwirkung" zu, so kommt ihrer mittelbaren Aktualisierung im Privatrecht durch W e r t a u s f ü l l u n g der Generalklauseln besondere Bedeutung zu.[2]

Das Grundgesetz hat in den Grundrechten "Wertentscheidungen" getroffen, es hat eine "Wertordnung" aufgestellt, die auch eine "Wert r a n g ordnung" ist.[3] Da das Grundgesetz zugleich das letzte umfassende Plebiszit ist, entspricht die in den Grundrechten aufgestellte Wertordnung und Wertrangordnung der heutigen"geistig-kulturellen" Entwicklungsstufe und gibt damit Aufschluß über die augenblicklich in Deutschland herrschenden sittlichen Anschauungen.[4]

---

1) So auch die h.M. Vgl. Wernicke, BK 46 zu Art.1; Maunz, Staatsrecht S.93 f.; v.Mangoldt, AöR 49,275; Dürig, Festschrift f.Nawiasky S.157 ff. mit Nachw. in Anm.10; ferner Maunz-Dürig VI zu Art.1 Abs.3 GG mit Nachw. in Anm.1.

2) Diese Methode der m i t t e l b a r e n Grundrechtsverwirklichung im Privatrecht wird namentlich vertreten von Dürig, Festschrift f.Nawiasky S.176 ff. u. Anm.43 mit weit.Nachw.; A.Hueck, Bedeutung des Art.3, S.5 u. 25 f.; BVerfG 7,198 ff.; BGH 3,248 (251),16,71 (80); Erman-Westermann 10 zu § 138; Siebert-Hefermehl Anm.2 zu § 138; grundsätzlich auch v.Mangoldt-Klein Vorb.A II 4 f. Im übrigen sieht Klein einige "Einrichtungsgarantien oder Grundsatznormen", die "hinreichend konkret oder bestimmt" gefaßt sind, als Verbotsgesetze i.S. des § 134 an. Die erforderliche Bestimmtheit sieht er bei Art.9 Abs.3, 3 Abs.3, 5 Abs.1 S.1, nicht dagegen bei Art.3 Abs.1, 11 und 12 als gegeben an, vgl. v.Mangoldt-Klein Vorb. 4 II 4 e.

3) BVerfG 7,198 (206,215); Maunz-Dürig, Rdz. 133 zu Art.1 Abs.3 GG; weitere Nachw. b. Dürig, Festschrift f. Nawiasky S.177 Anm.43. Weitergehend will Coing, Grundsätze S.61 die Grundrechte unmittelbar aus objektiv bestehenden u. feststellbaren sittlichen Werten herleiten.

4) BVerfG 7,198 (206), Maunz-Dürig Rdz.133 zu Art.1 Abs.3 GG.

Diese Wertmaßstäbe, deren Beachtung dem Richter durch Art.1 Abs.3 GG ausdrücklich vorgeschrieben ist, sind im Einzelfall zunächst aus einer Gegenüberstellung der Grundrechte mit den sie beschränkenden allgemeinen und besonderen Gesetzen und sodann aus dem System der Grundrechte zu gewinnen. Bei der Ermittlung des Wertgehaltes eines Grundrechts ist zu beachten, daß die allgemeinen Gesetze das Grundrecht nicht neutralisieren können. Zwischen Grundrecht und "allgemeinem Gesetz" besteht vielmehr eine "Wechselwirkung", und die Auslegung der "allgemeinen Gesetze" aus der "wertsetzenden Bedeutung" des Grundrechts führt zu ihrer Beschränkung.[1] Die speziellen Gesetze dürfen auf keinen Fall das Wesen des Grundrechts antasten, Art.19 Abs.2 GG. Insgesamt ergeben sich deshalb aus den Grundrechten Auslegungsrichtlinien, die die Auslegung der zivilrechtlichen Vorschriften, insbesondere der Generalklauseln, in verschiedener Stärke beeinflussen können.[2] Allgemein lassen sie die bei der Anwendung der Generalklauseln - insbesondere des § 138 - zu beachtenden Wertvorstellungen der Allgemeinheit deutlich hervortreten. Sie dienen deshalb immer der V e r d e u t l i c h u n g der sich dem Richter stellenden Wertungsprobleme und der V e r s t ä n d l i c h k e i t der richterlichen Entscheidung. Unter Berücksichtigung der Wertrangordnung der Grundrechte kann sich auch eine "Wertakzentuierung"[3] ergeben, die gegenüber früheren gesetzlichen und richterlichen Konkretisierungen zu einer V e r s c h ä r f u n g oder U m w e r t u n g des Maßstabes führt.[4] Die letzte Möglichkeit, die Schließung echter "Wertschutzlücken" des Privatrechts im Sinne Dürigs[5],

---

1) BVerfG 7,198 (209) für Art.5 GG.

2) Zu der folgenden Dreiteilung vgl. Dürig, Festschrift f. Nawiasky S.177 ff.

3) Dürig, Festschrift f. Nawiasky S.178 f.

4) Vgl. dazu BVerfG 7,198 ff.

5) Dürig, Festschrift f. Nawiasky S.179 f.

soll hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt werden, da sie hauptsächlich für den Schutz der Gemein- und Intimsphäre und deshalb im Rahmen dieser Arbeit keine Bedeutung hat.

Nach alledem bedarf es einer sehr genauen Prüfung aller im Einzelfall in Betracht kommenden Gesichtspunkte, um die Bedeutung eines Grundrechtes für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines bestimmten Rechtsgeschäftes ermitteln zu können. Allgemein läßt sich sagen, daß Sittenwidrigkeit umso eher vorliegen wird, je unbedingter eine einschlägige Grundrechtsbestimmung Geltung beansprucht. Die Geltungskraft eines Grundrechts hängt von seinem unmittelbaren Geltungsbereich und dem Umfang der gesetzlichen Vorbehalte ab.[1] Im übrigen ist zu beachten, daß nach dem Rechtsgedanken des Art.19 Abs.2 GG niemals ein Rechtsgeschäft wirksam sein kann, das dem Wesensgehalt eines Grundrechts widerspricht.[2]

Außer den Grundrechten können auch andere sittlich fundierte Bestimmungen des Grundgesetzes für die "Wertausfüllung" des § 138 von Bedeutung sein. Als Beispiele seien das Sozial- und Rechtsstaatsprinzip des Art.20 und der Grundgedanke des Art.38 genannt.[3]

7. Die Bedeutung der Einzelgerechtigkeit für § 138

Nach alledem bietet die Rechtsordnung dem Richter vielfältige Anhaltspunkte für die Bestimmung der Sittenwidrigkeit im Einzelfall und ermöglicht ihm damit die Konkretisierung des § 138 Abs.1. Bei aller Bindung an gesetz-

---

1) Vgl. unten S. 95 , S. 108 ff.und RG 128,92 (95): Verstoß gegen ein (im Privatrecht unmittelbar wirksames) Grundrecht ist sittenwidrig.

2) BGH 16,71 (80).

3) Zu den Beispielen vgl. Simitis S.183 f.

liche Konkretisierungen, richterliche Bewertungsnormen und allgemeine Rechtsgrundsätze darf aber nicht übersehen werden, daß der Richter den Einzelfall zu beurteilen hat. Was im Einzelfall den "guten Sitten" entspricht, läßt sich nur durch Abwägung aller Umstände unter Berücksichtigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck des Geschäfts feststellen.[1)]

Wird die Bindung des Richters an die Wertungen der Rechtsordnung richtig verstanden, so steht sie der Berücksichtigung der Einzelumstände nicht entgegen. Soweit allgemeine Rechtsgrundsätze und Rechtsgedanken heranzuziehen sind, ergibt sich schon aus ihrem allgemeinen Charakter, daß sie für die Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles genügend Raum lassen. Entsprechendes gilt aber auch für die richterlichen Bewertungsnormen, die zur Konkretisierung des § 138 entwickelt worden sind. Sie sind nur Richtlinien und bedürfen im Einzelfall weiterer Konkretisierung. Schließlich stehen auch die gesetzlichen Konkretisierungen der Einzelgerechtigkeit nicht im Wege. Sie berücksichtigen selber den "konkreten" Fall. Soweit sie das nicht tun, müssen sie die Berücksichtigung der Einzelumstände wenigstens z u l a s s e n , andernfalls sind sie keine Konkretisierungen von § 138 Abs.1. Da die gesetzliche Konkretisierung fast immer auf den t y p i s c h e n Einzelfall abstellt, sichert das Gesetz die Berücksichtigung der Einzelumstände dadurch, daß es auch in den "konkreten" Tatbeständen unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet (z.B. Leichtsinn, Unerfahrenheit, auffälliges Mißverhältnis in § 138 Abs.2). Allseitig bestimmt umrissene Tatbestände haben die Vermutung für sich, keine Konkretisierungen von § 138 zu sein, auch wenn sie durch sittliche Erwägungen mitbestimmt sind. Sie können hinter den Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit zurückbleiben[2)] oder

---

1) H.M. statt aller Erman-Westermann 6 zu § 138; Siebert-Hefermehl 13 zu § 138 mit weit.Nachw.

2) Vgl. unten S. 142 ff.

durch Hinzunahme w e i t e r e r , etwa sozialpolitischer Gesichtspunkte darüber hinausgehen.[1] Der vom Gesetz speziell geregelte Tatbestand ist stets nach der besonderen Vorschrift zu behandeln. Für die Sittenwidrigkeit vergleichbarer Fälle kann eine solche Vorschrift nur i n s o w e i t einen Anhalt geben, als sie Fälle der Sittenwidrigkeit mitumfaßt.

Schließlich ist auch bereits klargestellt worden, daß die gesetzliche Wertung dann keine Berücksichtigung verdient, wenn ausnahmsweise einmal Zweifel an ihrer Vereinbarkeit mit dem Sittengesetz bestehen.[2] Entsprechendes muß gelten, wenn eine gesetzliche Wertung überholt erscheint und mit einer gewandelten sittlichen Auffassung nicht mehr zu vereinbaren ist.[3] Dann hat der Richter die neue Ansicht der Entscheidung zugrundezulegen. Zu beachten ist aber, daß eine gewandelte sittliche Auffassung sehr bald Eingang in die Gesetze finden wird, wenn sie von der Mehrheit der Volksgenossen geteilt wird.

VI. Verfahren bei der Ermittlung gesetzlicher und richterlicher Konkretisierungen

Wie die Wertungen des Gesetzes der Feststellung der Sittenwidrigkeit im Einzelfall dienen, so ermöglichen sie andererseits die Beurteilung der t y p i s c h e n , gesetzlich normierten Einzelsituation. Die Ermittlung gesetzlicher Konkretisierungen muß von den gleichen Grundsätzen ausgehen, die für die Ausfüllung des § 138 Abs.1 entwickelt worden sind.

---

1) Vgl. unten S. 137 ff.

2) Vgl. oben S. 39.

3) Westermann, Streitentscheidung 32,36; ähnlich Simitis S.190.

Auch in der Art des Vorgehens ergeben sich Gemeinsamkeiten. Zwar geht der Richter bei der Anwendung der Generalklausel im Prinzip den Weg von der allgemeinen Auslegung über konkretere Bewertungsmaßstäbe zum ganz konkreten Einzelfall. Ist aber der zu entscheidende Fall in einer gesetzlichen Konkretisierung geregelt, so wird der Richter ihn unter diese Vorschrift subsumieren und sich in der Regel gar keine Gedanken darüber machen, ob die betreffende Norm eine Konkretisierung von § 138 ist. Wo eine solche Sonderbestimmung nicht eingreift, wird sich der Richter bemühen, in Vorschriften, die vergleichbare Fälle regeln, spezielle Anhaltspunkte für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit zu finden. So wird er etwa bei der Überprüfung von Wettbewerbsabreden, auch wenn sie nicht unmittelbar unter die §§ 74 ff. HGB, 133 f. GewO fallen, von den Sondervorschriften ausgehen und dann fragen, ob und inwieweit sie Konkretisierungen von § 138 sind. Erst dabei gelangt er zu allgemeineren, letztlich auf die Auslegung des § 138 zurückführenden Überlegungen.

Entsprechend muß auch die abstrakte Untersuchung gesetzlicher Normen verfahren. Sie geht statt vom Einzelfall von der gesetzlichen Einzelsituation aus. Ausgangspunkt ist deshalb immer die Feststellung des Inhalts der Vorschrift. Aus der speziellen Norm selbst wird sich aber - abgesehen von § 138 Abs.2 - in den seltensten Fällen ein ausdrücklicher Anhaltspunkt für die Sittenwidrigkeit des geregelten Verhaltens ergeben. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit z.B. kann zwar einen gewissen Anhalt bieten, im einzelnen aber auf vielerlei Gründen beruhen, so daß sie für sich allein niemals dazu berechtigt, eine Bestimmung als Konkretisierung von § 138 anzusehen.[1] Anhaltspunkte können aber u.U. durch A u s l e g u n g der zu untersuchenden Vorschrift gewonnen werden. Die Auslegung er-

---

1) So schon Lotmar, Vertrag, Anm.281.

forscht den rechtlich maßgebenden Sinn einer Vorschrift.[1] Zu der Frage, wie der Sinn festzustellen ist, gibt es hauptsächlich zwei Auffassungen. Nach der objektiven Theorie hat der Richter den im G e s e t z selbst konkretisierten Willen des Gesetzgebers, nicht die subjektiven Ansichten der an der Gesetzgebung beteiligten Personen zu ermitteln.[2] Maßgebend sind Wortlaut und Sinnzusammenhang der Vorschrift, der durch "Vergleich mit ähnlichen Institutionen, durch Analyse der historischen Entwicklung und der objektiven Situation z.Zt. des Gesetzeserlasses" erarbeitet werden kann.[3] Im Gegensatz dazu erforscht die subjektive Theorie[4] die "Vorstellungen" bzw. den "wirklichen Willen" des historischen Gesetzgebers. Nach dieser Auffassung kommt jeder Art von Gesetzesmaterialien ebenso wie sonstigen Anhaltspunkten aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes (Vernehmung mitwirkender Personen!) eine hervorragende Bedeutung zu.[5] Auch unter Zugrundelegung der objektiven Theorie sind aber die Gesetzesmaterialien für die Auslegung nicht schlechthin wertlos.[6] Sie dienen insbesondere der Erkenntnis der objektiven historischen Situation, die zum Erlaß des Gesetzes geführt hat. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit, die aus den Gesetzen lediglich Anhaltspunkte für die allgemein anerkannte Sittlichkeit zu gewinnen sucht, kann den Gesetzesmaterialien eine

---

1) Brox, Irrtumsanfechtung S.92 ff. (93) mit grundlegend. Ausführungen über d. Begriff d.Auslegung.

2) So z.B. Westermann, Streitentscheidung S.21; BVerfG 1,299 (312); 8,28 (33); BGH 23,377 (390).

3) Westermann, Streitentscheidung S.21 f.; BGH 23,390.

4) Brox, Irrtumsanfechtung S.21 f.; Enneccerus-Nipperdey I § 54 II mit ausführl. Literaturangaben. In manchen Entscheidungen folgt auch der BGH der subj. Theorie, vgl. etwa NJW 1951,886 f.

5) Brox, Irrtumsanfechtung S.104 u. 108.

6) Auch Westermann u. d. BGH (Anm.2) messen d. Gesetzesmaterialien f. d. Auslegung gewisse Bedeutung zu.

wesentlich größere Bedeutung zukommen, ohne daß es einer abschließenden Stellungnahme zugunsten der subjektiven Theorie bedarf. Denn die Entstehungsgeschichte kann jedenfalls Aufschluß über das Sittlichkeitsempfinden der berufenen Volksvertreter geben. So kann sich aus den Gesetzesmaterialien z.B. ergeben, ob man eine Schutzvorschrift als zweckmäßig und sozialpolitisch erforderlich oder für unbedingt s i t t l i c h geboten hielt.[1)]

Auf Anhaltspunkte in anderen Konkretisierungen von § 138 wird sich die Untersuchung nur zu einem geringen Teil stützen können. Einmal kommen nur solche Konkretisierungen in Betracht, die von einer ähnlichen "Normsituation" ausgehen wie die hier behandelten Vorschriften. Zum anderen müssen die Konkretisierungen ohne weiteres als solche erkennbar oder allgemein anerkannt sein. Über das Verhältnis spezieller Normen zu § 138 herrscht aber wenig Klarheit, und es wäre nichts gewonnen, wenn erst das Verhältnis dritter Normen zu § 138 untersucht würde.

Eine größere Rolle werden die für § 138 entwickelten richterlichen Bewertungsnormen spielen. Wegen ihres allgemeineren Charakters kann aber nur eine genaue Prüfung klären, ob sich die betreffende Vorschrift einer solchen Bewertungsnorm unterordnen läßt. Im übrigen sind allgemeine Rechtsgrundsätze zu entwickeln und bei der Prüfung heranzuziehen, sowie die verfassungsmäßigen Grundrechte zu berücksichtigen. Im einzelnen kommen all jene Gesichtspunkte in Betracht, die im vorigen Abschnitt für die Wertausfüllung des § 138 entwickelt worden sind.

Entsprechendes gilt für die Ermittlung richterlicher Konkretisierungen. Auch die richtige Einordnung richterlicher Bewertungsnormen kann unklar sein, selbst wenn über ihre tatbestandsmäßigen Voraussetzungen und Rechtsfolgen

---

1) Vgl. BGH NJW 1958, 705 (706).

im wesentlichen Einigkeit besteht. Ihre dogmatisch richtige Einordnung ist für ihre Abgrenzung praktisch von erheblicher Bedeutung.

Im folgenden sollen einige bedeutsame Normen aus dem Arbeitsvertragsrecht auf ihr Verhältnis zu § 138 Abs.1 untersucht werden. Dabei wurden entsprechend der Nichtigkeitsfolge des § 138 nur Normen ausgewählt, die ein rechtsgeschäftliches Handeln durch eine, wenn auch zum Teil modifizierte Rechtsunwirksamkeit mißbilligen. Dementsprechend boten sich die privatrechtlichen Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes und die Bestimmungen über die Gültigkeit von Wettbewerbsabreden (§§ 74 ff. HGB, 133 f. GewO) an. Mit den §§ 624, 626 wurden zwei Bestimmungen einbezogen, bei denen sich die Unwirksamkeit entgegenstehender Vereinbarungen nicht schon aus dem gesetzlichen Wortlaut, sondern erst aus dem zwingenden Charakter der Vorschriften ergibt. Schließlich werden noch drei weitere von Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelte Bewertungsnormen auf ihr Verhältnis zu § 138 Abs.1 untersucht. Es sind dies die Sätze von der Unwirksamkeit einseitiger unbilliger Erschwerung der Kündigung und der Nichtigkeit von Hungerlöhnen sowie das Verbot der Abwälzung des Geschäftsrisikos auf den Arbeitnehmer.

B. Arbeitsrechtliche Bewertungsnormen

I. §§ 1, 7 Abs.1 S.3, 11 Abs.3 KschG: Verhältnis von Sozialwidrigkeit zur Sittenwidrigkeit

1. Das Problem

Das moderne Arbeitsrecht - hervorgegangen aus den einzelnen Arbeitnehmer-Schutzbestimmungen - hat sich von Anfang an mit besonderer Sorgfalt um die Sicherung der Arbeitsplätze der sozial schwächeren und abhängigen Arbeitnehmer bemüht. Über das Betriebsrätegesetz von 1920, das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit von 1934 bis zum Kündigungsschutzgesetz aus dem Jahre 1951 verläuft eine kontinuierliche Weiterbildung des Kündigungsschutzrechtes, die den allgemeinen Kündigungsschutz zu einem Kernstück des Individualarbeitsrechts gemacht hat.

Aus dem Wesen des Kündigungsschutzes als Arbeitnehmerschutznorm ergibt sich seine soziale Konzeption. Das Kündigungsschutzgesetz sieht die sozialwidrige Kündigung grundsätzlich als unwirksam an, wenngleich die Unwirksamkeit klageweise geltend gemacht werden muß, §§ 1, 3 KschG. Wenn der Gesetzgeber aber der sozialwidrigen Kündigung die Wirksamkeit abspricht, so m i ß b i l l i g t er damit gleichzeitig das unsoziale Verhalten des Arbeitgebers. Einer verbreiteten Formulierung zu § 138 folgend hat man sogar vom "Makel der Sozialwidrigkeit" gesprochen.[1] Vergegenwärtigt man sich die reichsgerichtliche Formel zu § 138 und berücksichtigt man, daß das Gesetz auch die offensichtlich willkürlichen oder aus nichtigen Gründen unter Mißbrauch der Machtstellung des Arbeitgebers im Betriebe ausgesprochenen Kündigungen nach § 7 Abs.1 S.3 KschG zu den sozialwidrigen Kündigungen rechnet, so liegt der Gedanke nahe, das Gesetz habe die sozialwidrige Kündigung

---

1) Fabricius, AcP 160, 310; Nikisch I § 51 IV 1.

als sittenwidrig angesehen und d e s h a l b für nichtig erklärt. Bei oberflächlicher Betrachtung könnte das KschG als gesetzliche Konkretisierung des § 138 für ein bestimmtes arbeitsrechtliches Gebiet, nämlich den Kündigungsschutz, erscheinen. Dann wäre durch das Kündigungsschutzgesetz klärend sichergestellt, daß das Prinzip der Unwirksamkeit sittenwidriger Rechtsgeschäfte auf die Fälle der Sozialwidrigkeit tatsächlich angewandt werde.

Eine solche Auslegung würde allerdings voraussetzen, daß eine Kündigung überhaupt sittenwidrig sein kann. Früher wurde zum Teil die Ansicht vertreten, die Kündigung als abstraktes, auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtetes Rechtsgeschäft sei sittlich indifferent und könne deshalb gar nicht sittenwidrig sein. Demgegenüber hatte das RAG den Standpunkt vertreten, daß eine Kündigung schon mit Rücksicht auf ihr Motiv oder ihren Zweck gegen die guten Sitten verstoßen könne.[1] Heute ist diese Streitfrage vom Gesetz positiv entschieden, da § 11 Abs.3 KschG ausdrücklich anerkennt, daß eine Kündigung sittenwidrig sein könne.

Vorweg sei darauf hingewiesen, daß § 6 KschG nicht der Annahme entgegensteht, § 1 KschG enthalte eine Konkretisierung des § 138. § 6 KschG bestimmt, daß die sozial ungerechtfertigte Kündigung als von Anfang an rechtswirksam gelte, wenn ihre Unwirksamkeit nicht rechtzeitig, d.h. regelmäßig innerhalb von drei Wochen, § 3 S.1 KschG, geltend gemacht werde. Die bloße Tatsache, daß das Kündigungsschutzgesetz hier für gewisse Fälle aus praktischen Gründen eine andere Rechtsfolge vorsieht als § 138 - mag es auch die Wirksamkeit anstelle der Nichtigkeit sein -, schließt nicht aus, in dem "Mangel" der Sozialwidrigkeit eine spezielle Erscheinungsform der Sittenwidrigkeit zu sehen.

---

1) RAG ARS 26,125 (133); 35,70 (71); 36,39 (41); 47,143 (147).

Das ergibt sich aus der Funktion der Konkretisierung als Spezialregel.[1] Das Arbeitsverhältnis mit seiner großen Bedeutung für die daran Beteiligten verlangt eine schnelle Klärung der Verhältnisse. Dem trägt das Gesetz Rechnung, indem es die sozialwidrige Kündigung als wirksam behandelt, wenn die Unwirksamkeit nicht verhältnismäßig schnell geltend gemacht wird.[2] Die gesetzliche Bewertung schwebender Unwirksamkeit kommt also praktisch der bloßen Anfechtbarkeit nahe.[3] Es wird aber gerade in einigen Fällen, in denen das Gesetz nicht nur praktisch, sondern auch dogmatisch den Weg der Anfechtbarkeit geht, eine Konkretisierung von § 138 angenommen, so etwa für § 123 BGB[4] und für das Anfechtungsgesetz.[5] Ebensowenig würde auch § 6 KschG der Annahme entgegenstehen, das Kündigungsschutzgesetz enthalte eine Konkretisierung von § 138.[6]

Um ermitteln zu können, ob das Kündigungsschutzgesetz einem sittlich fundierten Grundgedanken unserer Rechtsordnung entspricht, ist zunächst seine Bedeutung festzustellen. Den Gehalt des Kündigungsschutzgesetzes soll ein Vergleich mit den früheren Kündigungsschutzbestimmungen erläutern.

---

1) Vgl. dazu oben S.47 f.

2) Daran, daß die sozialwidrige Kündigung vom Gesetz zunächst einmal als unwirksam betrachtet wird, läßt sich angesichts des klaren Wortlauts der §§ 1 u. 3 KschG nicht zweifeln: h.M. vgl. Hueck, Festschrift f. Nipperdey S.101 ff. u. Hueck, KschG 1 zu § 3 mit weit. Nachw. Nur Anfechtbarkeit nehmen an: Molitor, Kündigung S.232; Larenz, SAE 60,81.

3) Bötticher, RdA 51,81 (83); Hueck, KschG 1 zu § 3.

4) Erman-Westermann 4 zu § 138; Palandt-Danckelmann Vorbem. 1 b zu § 123.

5) Böhle-Stamschräder VII 2 zu § 1 AnfG; Westermann, Interessenkollisionen S.25 u. Anm.68 mit weit.Nachw.

6) So Hueck, Anm. zu LAG Bremen AP 50 Nr.262.

2. Die Entwicklung des allgemeinen Kündigungsschutzrechts

Ausgangspunkt aller Kündigungsschutzbestimmungen war die Abkehr von der Kündigungsfreiheit des BGB. Das BGB folgte der liberalen Rechts- und Sozialauffassung seiner Entstehungszeit, wenn es in den §§ 620 ff. die Befugnis zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses für Arbeitgeber und Arbeitnehmer in gleicher Weise frei gestaltete. Erst die Umwälzungen im Gefolge des ersten Weltkrieges führten zu einer sozialeren Einstellung des Gesetzgebers. Man erkannte, daß der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gegenüber in der stärkeren Position ist, und war bereit, aus dieser Erkenntnis die nötigen Folgerungen zu ziehen. Praktisch erforderte das einen Abbau der gleichen Kündigungsbefugnisse; die Rechte des Arbeitgebers mußten beschnitten, die Rechtsstellung des Arbeitnehmers dagegen gefestigt werden.[1] Die verschiedenen Kündigungsschutzbestimmungen haben diese rechtspolitische Aufgabe nach Form und Umfang verschieden gelöst.

a) Das Betriebsrätegesetz, das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit und der Kündigungsschutz aus den Generalklauseln

Der Gedanke eines allgemeinen Kündigungsschutzes ist zuerst durch das Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920 verwirklicht worden. Danach hatte der Arbeitnehmer gegenüber "unbillig harten, nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingten" Kündigungen die Möglichkeit, auf Widerruf zu klagen. Der Kündigungsschutz war aber nicht streng durchgeführt.[2] Denn der Arbeitgeber konnte sich dadurch von der Verpflichtung zum Widerruf der Kündigung "loskaufen", daß er eine Entschädigung an den Arbeitnehmer

---

1) Bötticher, RdA 51,85 und MDZ 52,261.

2) Hueck-Nipperdey I § 62 IV 1 mit ausführlicher Darstellung der Entwicklung des allgemeinen Kündigungsschutzes.

zahlte, die sich nach der Beschäftigungsdauer richtete, höchstens jedoch die Hälfte des letzten Jahresarbeitsverdienstes betrug. Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.1.1934 übernahm in seinen §§ 56 ff. diese Regelung des Betriebsrätegesetzes. Weiter als das Betriebsrätegesetz ging allerdings § 58 S.2 HS 2 AOG (in der Fassung vom 30.11.1934), der den Richter ermächtigte, bei einer offensichtlich willkürlichen oder aus nichtigen Gründen ausgesprochenen Kündigung die Entschädigung bis zur vollen Höhe eines Jahresarbeitsverdienstes festzusetzen.

Mit Wirkung vom 1.1.1947 wurde das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit durch die Militärregierungen aufgehoben. In der Folgezeit fehlte es also an einer einheitlichen Grundlage für einen allgemeinen Kündigungsschutz. In der französischen und amerikanischen Zone wurden zum Teil neue Betriebsrätegesetze, zum Teil auch besondere Kündigungsschutzgesetze erlassen.[1] In der britischen Zone bestand keine besondere gesetzliche Grundlage. Die Gerichte entwickelten aber einen allgemeinen Kündigungsschutz aus den Generalklauseln der §§ 242 und 138. Im einzelnen wurden die Voraussetzungen nicht immer genau auseinandergehalten. Vor allem bei Kündigungen, die besonders hart erschienen, wurde die Unwirksamkeit gern auch auf § 138 gestützt.[2]

b) Umfang des Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz

Unter dem Betriebsrätegesetz und dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit war die Kündigungsfreiheit grund-

1) Vgl. die Übersicht bei Hueck, KschG, Einl.I 6.

2) LAG Kiel RdA 50,159 (160); LAG Frankfurt AP 50 Nr.120; LAG Dresden NJ 1948,236; ObLAG Württ.-Hohenzollern AP 50 Nr.282; LAG Kiel AP 51 Nr.17; LAG Stuttgart AP 51 Nr.145; Hueck-Nipperdey I § 56 Anm.79.

sätzlich aufrechterhalten worden. Nur im Ausnahmefall, wenn die Kündigung eine unbillige Härte darstellte, hatte der Arbeitnehmer ein Recht zum Einspruch. F o r m a l besteht die Kündigungsfreiheit auch heute noch. § 1 KschG bestimmt, daß eine Kündigung (nur) rechtsunwirksam ist, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. M a t e r i e l l ist die Kündigungsfreiheit durch das Kündigungsschutzgesetz aber aufgehoben.[1] Denn, wie sich aus § 1 Abs.2 KschG ergibt, ist eine Kündigung immer dann sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch besondere Gründe in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers oder durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist.

Der Kündigungsschutz gilt für Betriebe mit mindestens 5 Arbeitnehmern, § 21 Abs.1 S.2 KschG. Es werden aber nur Personen geschützt, die mindestens 20 Jahre alt sind und länger als sechs Monate dem Betrieb angehören, § 1 Abs.1 KschG. Ausgenommen vom Kündigungsschutz sind auch leitende Angestellte, § 12 KschG.

Die Wertung des Kündigungsschutzgesetzes geht vom Gedanken des B e s t a n d s s c h u t z e s aus; das Kündigungsschutzgesetz erkennt grundsätzlich ein Recht des Arbeitnehmers auf seinen Arbeitsplatz an, sofern er ein halbes Jahr im Betrieb gearbeitet hat.[2] Das Erfordernis besonderer, r e c h t f e r t i g e n d e r Kündigungsgründe läßt erkennen, daß die ordentliche Kündigung mit der Aufhebung der Kündigungsfreiheit einer ähnlichen Wertung wie die fristlose Kündigung unterstellt wurde. Genauer läßt sich die gesetzliche Wertung an den noch zulässigen Kündigungsgründen erkennen.

Als Kündigungsgründe erkennt das Gesetz vor allem Umstände an, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeit-

---

1) Bötticher, MDR 52,260; RdA 51,82.
2) Vgl. dazu Fabricius, AcP 160,308 f., 316.

nehmers liegen (personenbedingte Kündigung). Zu denken ist insbesondere an körperliche oder geistige Mängel, etwa unzulängliche Leistungen[1], häufiges Krankfeiern, das den Arbeitnehmer zu einer Belastung für den Betrieb macht[2] oder eine Krankheit vol solcher Dauer, daß eine Wiederbesetzung des Arbeitsplatzes unumgänglich ist[3].[4] Doch begründen lange Betriebszugehörigkeit oder ein Arbeitsunfall, der zur Dienstuntauglichkeit führt, einen Anspruch auf besondere Schonung; der Arbeitgeber muß versuchen, den Arbeitnehmer auf einem seinen Kräften entsprechenden Arbeitsplatz weiter zu beschäftigen.[5]

Der Verdacht einer strafbaren oder treuwidrigen Handlung kann die Kündigung rechtfertigen. Es darf sich aber nicht lediglich um eine vage Vermutung handeln. Auch muß der Arbeitnehmer Gelegenheit haben, den Verdacht zu entkräften.[6]

Die Kündigung kann ihren Grund auch in dem Verhalten des Arbeitnehmers haben (verhaltensbedingte Kündigung). Hierhin gehören vor allem die zahlreichen Vertragsverletzungen, die jedoch nicht so schwer zu sein brauchen, daß dem Arbeitgeber eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses überhaupt nicht mehr zuzumuten ist. Es genügt, daß sich ein ruhig und verständig urteilender Arbeitgeber zur Kündigung veranlaßt sieht.[7]

---

1) LAG Düsseldorf Betr. 52,763; LAG Bremen BB 54,381.

2) LAG Düsseldorf BB 58,1209; LAG Kiel BB 60,1245 (1246).

3) LAG Düsseldorf Betr. 52,740 und BB 58,559.

4) Vgl. hierzu und zum folgenden auch Nikisch I § 51 V 3 a; Hueck, KschG 34 ff. zu § 1.

5) LAG Düsseldorf Betr. 56,260; BAG AP Nr.18 zu § 1 KschG.

6) BAG NJW 1961,1085.

7) Hueck, KschG 35 zu § 1.

Auch wenn kein Verstoß gegen eine Vertragspflicht vorliegt, kann das betriebliche und gegebenenfalls auch das außerbetriebliche Verhalten des Arbeitnehmers die Kündigung rechtfertigen. Kennzeichnend für den Maßstab, den das Kündigungsschutzgesetz anlegt, mag die Behandlung der Fälle sein, in denen die Belegschaft oder eine Gewerkschaft die Entlassung eines Arbeitnehmers verlangt. Einem solchen Druck darf der Arbeitgeber nicht ohne weiteres nachgeben. Treue- und Fürsorgepflicht verlangen von ihm, daß er dem Arbeitnehmer zur Seite steht und selbst untersucht, ob das Verhalten des Arbeitnehmers objektiv eine Kündigung rechtfertigt.[1] Eine andere Beurteilung ist nur geboten, wenn ernsthafte Schlichtungsversuche des Arbeitgebers erfolglos bleiben, die Arbeitnehmer mit Streik oder Massenkündigungen drohen, und der Arbeitgeber schwere wirtschaftliche Nachteile befürchten muß.[2]

Schließlich können auch betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen. Hier kommen Absatzschwierigkeiten, Rohstoffmangel, Rationalisierungsmaßnahmen, Einführung arbeitsparender Maschinen usw. in Betracht.[3] Das Abstellen auf die d r i n g e n d e n betrieblichen Erfordernisse stellt eine Verschärfung gegenüber der Rechtslage der früheren Kündigungsschutzbestimmungen dar. Aus der Änderung ergibt sich, daß der Arbeitgeber versuchen muß, die Kündigung nach Möglichkeit, z.B. durch Arbeitsstreckung, zu vermeiden.[4]

Wenngleich der Unterschied zur außerordentlichen Kündigung nicht durch Überspannung der Anforderungen verwischt

---

1) BAG AP Nr.22 zu § 1 KschG; entspr. Nr.1 zu § 626 Druckkündigung; RAG 39,176 (177).

2) Auffarth-Müller, KschG 187 zu § 1; Hueck, KschG 35 a zu § 1; Bulla, Festschrift f.Hueck S.25 ff.; zu d. entspr. Problem bei § 626: RAG ARS 13,484 (486); 22,211 (213); 23,103 (106); 42,103 (110); BAG Nr.1 zu § 626 Druckkündigung; LAG Hamm BB 1960,826.

3) Hueck, KschG 36 a zu § 1.

4) Hueck, KschG 36 a zu § 1.

werden darf[1], so hat nach Ansicht des BAG doch bei der ordentlichen, dem Kündigungsschutzgesetz unterfallenden Kündigung über § 1 Abs.2 hinaus noch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen stattzufinden.[2] Bei der betriebsbedingten Kündigung sind nach § 1 Abs.3 KschG auch bei der A u s w a h l der zu entlassenden Arbeitnehmer soziale Gesichtspunkte zu berücksichtigen.[3]

3. Die dogmatische Einordnung des Kündigungsschutzgesetzes

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß der Gedanke des Bestandsschutzes l e i c h t f e r t i g e Kündigungen als unwirksam erscheinen läßt. Das Gesetz verlangt vom Arbeitgeber ein hohes Maß sozialer Verantwortung: Zunächst ist die Kündigung immer dann unwirksam, wenn sie aus anderen als den im Gesetz zugelassenen Gründen oder überhaupt ohne vernünftigen Grund, also willkürlich erfolgt. Aber auch wenn sie auf schwerwiegenden Gründen in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers beruht oder aus dringenden betrieblichen Erfordernissen ausgesprochen wird, ist sie unwirksam, wenn der Arbeitgeber eine Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers mit seinen eigenen oder denen des Betriebes nicht durchgeführt oder bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat.

a) Die soziale Schranke des Kündigungsrechts

Nach alledem hat das Kündigungsschutzgesetz eine deutliche Schranke für die freie Kündigungsbefugnis des Arbeitgebers aufgerichtet. Sie besteht darin, die willkür-

---

1) Auffarth-Müller 195 zu § 1 KschG.

2) BAG AP Nr.6 zu § 1 KschG, ähnlich Nr.5 und Nr.6 Hueck, KschG 33 a zu § 1.

3) Vgl. dazu BAG AP Nr.25 zu § 1 KschG; Hueck-Nipperdey I § 64 IV 1 d.

liche und daher objektiv unnötige "Zerschneidung des Bandes der Betriebszugehörigkeit" zu verhindern.[1] Der grundsätzliche Bestandsschutz soll dem Arbeitnehmer, dem keine Verfügungsbefugnis über Produktionsmittel und andere wirtschaftliche Werte zusteht, wirtschaftliche Sicherheit geben.[2] Das Kündigungsschutzgesetz bedient sich dabei nicht wie seine Vorgänger des Einspruchsverfahrens, der Kündigungswiderrufsklage oder anderer äußerer Schranken, sondern es legt, der Entwicklung unseres sozialen Denkens entsprechend, die sozialen Schranken in den Inhalt des Kündigungsrechts.[3] Damit steht das Kündigungsschutzgesetz nicht allein. Vielmehr sei an die ganz ähnliche Entwicklung im Mietrecht erinnert.[4] Das Mieterschutzgesetz wurde zu einer Zeit der Verknappung des Mietraums geschaffen, als sich das soziale Übergewicht des Vermieters besonders deutlich bemerkbar machte, und der Mieter in stärkerem Maße auf soziale Rücksichtnahme des Vermieters angewiesen war. Hier wie im Arbeitsrecht entspricht die Einführung des Bestandsschutzes besonderen, durch die Bedürfnisse gerade dieser Rechtsgebiete nahegelegten Erfordernissen. Die Mißbilligung der sozialwidrigen Kündigung, die das Gesetz in der Unwirksamkeitserklärung zum Ausdruck bringt, stellt deshalb kein g e n e r e l l e s Unwerturteil dar. Auch der Umstand, daß der Gesetzgeber den Mieterschutz mit der Zunahme an Mietwohnungen und allgemeinem wirtschaftlichen Wohlstand abbaut, macht den sachlich eng begrenzten Ausnahmecharakter des Bestandsschutzes deutlich.

Mieterschutz und Kündigungsschutz geben dem Recht eine s o z i a l e S c h r a n k e , die dem sonstigen Zivil-

---

1) Herschel-Schelp, KschG, Vorwort.

2) Plassmann, Kündigung S.43.

3) Herschel-Schelp, KschG, Vorwort; Herschel-Steinmann, KschG, Vorbemerkung 1, 2.

4) Herschel-Schelp, KschG, Vorwort.

recht fremd ist. § 138 aber will einer allgemeinen, vergröbernden Rechtsmoral Geltung verschaffen und richtet eine letzte Schranke gegen den Mißbrauch der Privatautonomie auf, greift dementsprechend nur in besonders krassen Fällen des Machtmißbrauchs ein.[1] Unser Privatrecht kennt keine a l l g e m e i n e Rechtspflicht zu sozialer Rücksichtnahme.[2] Auch stellt die Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers mit denen des Arbeitgebers und des Betriebs eine ausgesprochene Billigkeitsmaßnahme dar. Billigkeitserwägungen sind für § 138 aber gerade nicht typisch.[3] Schließlich sei daran erinnert, daß man vor Erlaß des Kündigungsschutzgesetzes teilweise versucht hat, aus § 138 einen Kündigungsschutz zu entwickeln. Wenn es der Gesetzgeber trotzdem für notwendig hielt, die Frage durch ein Sondergesetz zu regeln, und wenn er dabei gleichzeitig den Begriff der sittenwidrigen Kündigung nur in einem ganz engen Sinne verwandte (§ 11 Abs.3), so spricht das dafür, daß er in § 138 keine geeignete Grundlage für einen allgemeinen Kündigungsschutz gesehen hat. Auch er muß davon ausgegangen sein, daß die leichtfertige, nur sozialwidrige Kündigung nicht den schweren Vorwurf der Sittenwidrigkeit rechtfertigt.

b) § 1 KschG als Konkretisierung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

Man hat sich bemüht, die merkwürdige Erscheinung des Kündigungsschutzgesetzes dogmatisch einzuordnen. Mit der Einführung des Bestandsschutzes für Arbeitsverhältnisse könnte der Gesetzgeber in diesem Bereich den Grundsatz

---

1) Mölders, Nichtigkeit S.64 Anm.23.

2) Westermann, Interessenkollisionen S.33 unter Bezugnahme auf RG 128,97; über die Bedeutung von Treuepflichten in Gemeinschaftsverhältnissen vgl. unten S. 91 ff.

3) Würdinger, Anm.3 zu § 74 a HGB; LAG Stuttgart BB 52,144.

der Sozialstaatlichkeit, Art.20, 28 GG, verwirklicht haben. Diese Ansicht ist anfänglich vom Bundesarbeitsgericht vertreten worden.[1] Demgegenüber hat Hueck darauf hingewiesen, daß es in zahlreichen Sozialstaaten keinen Bestandsschutz für Arbeitsverhältnisse gebe und neben dem Grundsatz der Sozialstaatlichkeit derjenige der Vertragsfreiheit stehe, es also willkürlich sei, wenn man die Sozialstaatlichkeit einseitig hervorhebe.[2] Von anderer Seite ist der besondere Charakter des Kündigungsschutzes dadurch gewürdigt worden, daß er als Ausfluß des "sozialrechtlichen Schutzprinzips" des Arbeitsrechts gewertet wurde.[3] Für diese Ansicht spricht die klare Herausstellung der Besonderheit des Bestandsschutzes gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht. Andererseits läßt sich der Schutzcharakter des Arbeitsrechts nicht in die Dogmatik unseres Zivilrechts einordnen.[4] Bedenkt man aber, daß der Bestandsschutz gerade durch eine Beschränkung einer typisch privatrechtlichen Institution, der Kündigung, verwirklicht worden ist, so liegt eine Begründung des Kündigungsschutzes aus den Grundsätzen des Privatrechts nahe.

Die Norm, die dem besonderen Verhältnis der Vertragspartner in unserem Privatrecht Rechnung trägt, ist § 242. Das Aufeinanderangewiesensein der Parteien in einem Sonderrechtsverhältnis bedingt, daß jede Partei der anderen gegenüber T r e u e wahrt und darauf v e r t r a u e n darf, daß auch der Partner treu ist.[5] Das Maß der gegenseitigen Rücksichtnahme richtet sich nach der Art des Rechtsverhältnisses; es ist umso größer, je mehr die Be-

---

1) BAG AP Nr.7 zu § 1 KschG, Nr.1 zu § 620 Befristeter Arbeitsvertrag.

2) Hueck in Anm. zu BAG AP Nr.7 zu § 1 KschG.

3) Dersch Festschrift f. Herschel S.82.

4) Hueck-Nipperdey I § 48 I 1 Anm.6.

5) Zum Begriff von Treu und Glauben vgl. Erman 2 zu § 242.

teiligten aufeinander angewiesen sind, und erreicht bei den personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnissen einen besonders hohen Grad, der mit dem Begriff der "Treuepflicht" gekennzeichnet wird.[1] Die auf dem Arbeitsverhältnis beruhende Treuepflicht des Arbeitgebers bezeichnet man auch als "Treue- und Fürsorgepflicht"[2] oder einfach als "Fürsorgepflicht".[3] Berücksichtigt man, daß die an sich schon umfassende Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach dem Sozialstaatsprinzip auszulegen ist[4], so läßt sie sich als Schranke der freien Kündigungsbefugnis gegenüber ungerechtfertigten, unsozialen Kündigungen und damit als Grundlage des Bestandsschutzes ansehen.[5]

4. § 7 Abs.1 Satz 3 KschG: Die offensichtlich willkürliche und die aus nichtigen Gründen ausgesprochene Kündigung

Bisher ergab sich, daß die Sozialwidrigkeit in ihrer typischen Erscheinungsform, den Fällen des § 1 KschG, von der Sittenwidrigkeit verschieden ist. Das Kündigungsschutzgesetz enthält aber Differenzierungen. So stellt § 7 gegenüber der Definition des § 1 eine bedeutende Erweiterung dar. § 7 bestimmt, daß das Gericht bei einer sozialwidrigen Kündigung auf Antrag das Arbeitsverhältnis aufzulösen hat, wenn dem Arbeitnehmer eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten ist oder eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht zu erwarten ist. Eine Ausnahme davon macht § 7 Abs.1 S.3 für den Fall,

---

1) Hueck, Treuegedanke S.17 f.; Hueck-Nipperdey I § 48 I 1.

2) Hueck-Nipperdey I § 48 I 1.

3) Schnorr v. Carolsfeld § 7 A I 2.

4) Gerh. Müller,Betrieb 56,524; Hueck-Nipperdey § 48 Anm.6.

5) Hueck-Nipperdey § 56 IX 2 in Verbindung mit § 48 I 1. Auch das BAG sieht das KschG neuerdings als Auswirkung von Treu und Glauben an: BAG 8,132 (140), NJW 1961,1085 (1086) mit weit.Nachw.

daß die Kündigung "offensichtlich willkürlich" oder aus "nichtigen Gründen unter Mißbrauch der Machtstellung des Arbeitgebers im Betrieb" erfolgt ist. Da diese Tatbestände über eine Sozialwidrigkeit im Sinne von § 1 KschG hinausgehen, taucht erneut die Frage auf, ob diese Kündigungen sittenwidrig sind, eine Frage, die namentlich für die Arbeitnehmer von Bedeutung ist, auf die das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet.

Im Schrifttum ist die Frage sehr umstritten. Teilweise werden solche "grob sozialwidrige" Kündigungen lediglich als sozialwidrig angesehen[1], teilweise betrachtet man sie aber auch als sittenwidrig.[2] Entscheidet man sich für Sittenwidrigkeit, ergibt sich die weitere Frage, ob § 7 Abs.1 S.3 KschG die grob sozialwidrige Kündigung abschließend regelt oder ob daneben § 138 anwendbar bleibt, und auch dabei ist zu unterscheiden zwischen Arbeitnehmern, die unter das Kündigungsschutzgesetz fallen und solchen, die nicht davon betroffen werden. Soweit die grob sozialwidrige Kündigung als sittenwidrig angesehen wird, hält man § 138 durchweg auf die Arbeitnehmer für anwendbar, die vom Kündigungsschutzgesetz nicht erfaßt werden. Im übrigen sieht man das Kündigungsschutzgesetz teilweise als abschließende Regelung an[3], teilweise hält man § 138 neben dem Kündigungsschutzgesetz auf grob sozialwidrige Kündigungen für anwendbar.[4] Schließlich wird auch die

---

1) Bötticher, MDR 52,263; Erdmann-Müller, KschG 4 c zu § 7; Herschel-Steinmann, KschG 11 zu § 7; Boldt, Recht des Bergmanns S.496 f.; ArbG Paderborn BB 52,144; LAG Bremen AP 50 Nr.262; Dietz, NJW 1951,944.

2) LAG Düsseldorf BB 55,512, wohl auch LAG Hamburg BB 53,159, Erman-Westermann 2 zu § 138; Adomeit, Kündigung S.71; Savaête, ArbuR 57,97; Ostermeyer, RdA 52,142 f.; Gramm, ArbR-Blattei KschG VIII C II; Hertslet, ArbuR 55,115 (117); Siebert, BB 52,522; Weimar, MDR 59,986; diff.Monjau, Betr. 51,742 f.; Nikisch I § 51 XII 1.

3) Nikisch I § 51 XII 1; Siebert, BB 52,522.

4) LAG Düsseldorf BB 55,512; LAG Hamburg BB 53,159; Erman-Westermann 2 zu § 138; Adomeit, Kündigung S.71; Gramm, ArbR-Blattei KschG VIII C II; Hertslet, ArbuR 55,115 (117); Ostermeyer, RdA 52,142 f.; Savaête, ArbuR 57,97.

Ansicht vertreten, aus § 7 Abs.1 S.3 folge, daß § 138 auf die grob sozialwidrige Kündigung nicht angewandt werden dürfe. Der Gesetzgeber wolle also die grob sozialwidrige Kündigung nicht als sittenwidrig behandelt wissen, die Frage, ob eine solche Kündigung "an sich" sittenwidrig sei, könne deshalb dahingestellt bleiben.[1)]

a) Die erfaßten Tatbestände

"Offensichtlich willkürlich" ist eine Kündigung dann, wenn sich für sie kein triftiger Grund anführen läßt.[2)] Offensichtlich heißt, daß die Willkür nach Aufklärung des Sachverhalts nicht mehr zu bestreiten ist; es ist nicht erforderlich, daß die Willkür offen zutage liegt.[3)] Es muß aber ein besonders hohes Maß an Willkür vorliegen.[4)]

Das Gesetz stellt der offensichtlich willkürlichen Kündigung diejenige aus nichtigen Gründen unter Mißbrauch der Machtstellung im Betriebe gleich. Auf nichtigen Gründen beruht die Kündigung, wenn der Arbeitgeber irgendwelche Gründe vorschiebt, um die Grundlosigkeit der Kündigung zu verdecken[5)], oder wenn es sich um Gründe "kleinlicher, nichtssagender Art" handelt, wie etwa bei der Kündigung eines langjährig beschäftigten Arbeitnehmers wegen einer einmaligen, geringfügigen Pflichtversäumnis.[6)] Nach h.M. gehören hierhin auch die Fälle, in denen die angeführten Gründe ihrerseits nicht gebilligt werden können. Als Beispiele dafür werden genannt: die Geltendmachung des Anspruchs auf Tariflohn und sonstiger berechtigter Forderungen[7)], ferner alle ausgesprochenen Maßrege-

---

1) Hueck, KschG 17 zu § 11.

2) Hueck, KschG 11 zu § 7.

3) Hueck, KschG 11 aa zu § 7; Maus, KschG 3 c bb zu § 7; a.A. Herschel-Steinmann, KschG 11 zu § 7.

4) RG 98,157 (159) f.d.gleiche Problematik bei § 378 HGB; Herschel-Steinmann, KschG 11 zu § 7.

5) Maus, KschG 3 c cc zu § 7; Hueck, KschG 12 zu § 7; Monjau-Heimeier, KschG 9 zu § 7.

6) Herschel-Steinmann, KschG 11 zu § 7; Maus, KschG 3 c bb zu § 7; Auffarth-Müller, KschG 20 zu § 7.

7) Hueck, KschG 12 zu § 7; Erdmann-Müller, KschG 4 c zu § 7

lungskündigungen, mit denen der Arbeitnehmer für die Geltendmachung seiner Rechte bestraft oder zum Verzicht darauf veranlaßt werden soll[1], sowie alle die Kündigungen, die wegen politischer, gewerkschaftlicher oder konfessioneller Betätigung oder Zugehörigkeit erfolgen.[2] Wird dem Arbeitnehmer ohne genügenden Anlaß der Arbeitsplatz genommen, so liegt darin der Machtmißbrauch.[3]

Nach alledem ist das hauptsächliche Kennzeichen auch bei der offensichtlich willkürlichen und aus nichtigen Gründen ausgesprochenen Kündigung ihre Grundlosigkeit. Dabei braucht es durchaus nicht so zu sein, daß die engen Voraussetzungen des § 226 oder sonstiger sittenwidriger, mit Schädigungsabsicht verbundener Rechtsmißbrauch vorlägen. Der Arbeitgeber macht vielmehr von der ihm nach dem BGB grundsätzlich zustehenden Kündigungsfreiheit Gebrauch.[4]

Grundlose und damit unberechtigte Kündigungen zu verhindern, ist aber gerade die Aufgabe des Kündigungsschutzgesetzes. Kündigungen, die in besonderem Maße unberechtigt sind, erscheinen danach als nicht w e s e n t l i ch verschieden von den sozial ungerechtfertigten Kündigungen des § 1 KschG. Der Unterschied ist kein qualitativer, sondern ein quantitativer. Aus diesem Grunde spricht man ja auch von "grober" Sozialwidrigkeit. Es liegt der Gedanke nahe, aus dem lediglich quantitativen Unterschied zur sozial ungerechtfertigten Kündigung zu schließen, daß auch die grob sozialwidrige Kündigung nur sozialwidrig und nicht sittenwidrig sei.

Abs.1;Herschel-Schelp,KschG 6 zu §7;Mayr,KschG 6 zu § 7.

1) Mayr, KschG 6 zu § 7.

2) Erdmann-Müller, KschG 4 c zu § 7 Abs.1; Herschel-Schelp, KschG 6 zu § 7.

3) Hueck, KschG 13 zu § 7; i.Erg.ebenso: Maus, KschG 3 c cc zu § 7; Auffarth-Müller, KschG 20 u. Herschel-Steinmann, KschG II zu § 7 mit weit.Nachw.

4) Bötticher, MDR 52,263.

b) Die Bewertung der grob sozialwidrigen Kündigung

Der allgemeine Kündigungsschutz ergibt sich aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, die letztlich ihre Grundlage in § 242 hat.[1] Es wird aber die Ansicht vertreten, bei einem s c h w e r e n Verstoß gegen Treu und Glauben liege zugleich ein sittenwidriges Verhalten vor.[2] Ließe sich diese Ansicht in der vorgebrachten Allgemeinheit halten, träfe sie insbesondere auch für die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht zu, so müßte die grob sozialwidrige Kündigung als sittenwidrig angesehen werden.

Der Grundsatz von Treu und Glauben ist ein relativer Maßstab; er verlangt umso mehr, je enger die Beziehungen der Beteiligten sind. Je eher aber ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt, desto eher liegt auch ein grober Verstoß vor. Wäre jeder grobe Verstoß gegen Treu und Glauben sittenwidrig, so würde damit der Begriff der Sittenwidrigkeit allein von der Vereinbarung unter den Parteien abhängig gemacht und damit völlig relativiert. Da der Begriff der "guten Sitten" aber auf die durchschnittlichen und allgemein verbindlichen Maßstäbe abstellt, kann sein Inhalt nicht beliebig durch Parteivereinbarung erweitert werden. Ihm ist vielmehr eine gewisse Unabhängigkeit von jeder Sonderrechtsbeziehung wesentlich.[3] Grundsätzlich gilt, daß § 138 nur Mindestanforderungen aufstellt, "die sich aus der sozialen Natur des Menschen schlechthin ergeben" und jedem gegenüber zu befolgen sind, auch dem völlig Fremden.[4] Dagegen kennzeichnen Treu und Glauben die besonderen Verhaltenspflichten gegenüber dem kleineren Kreis von Personen, zu denen man "in einer konkreten Rechtsbeziehung steht oder durch Anbahnung von Vertragsverhandlungen oder durch Ausübung eines Rechts solche

---

1) Vgl. oben S.87 und Hueck-Nipperdey I § 48 I 1.

2) Palandt-Danckelmann 2 a zu § 242.

3) Larenz, Schuldrecht I § 10 I; Soergel-Siebert 60 zu § 242; Staudinger-Weber 9 a zu § 242.

4) Larenz, Schuldrecht I § 10 I.

konkreten Rechtsbeziehungen anknüpft."[1] Noch höhere Anforderungen stellt die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht als echte Treuepflicht. Sie hat zwar ihre Rechtsgrundlage in § 242, geht aber wesentlich über das hinaus, was "Treu und Glauben" im Rahmen einfacher Schuldverhältnisse verlangen. Wenngleich nun auch "Treu und Glauben" und die Treuepflichten sittliche Maßstäbe sind[2], so wäre es doch eine Verkennung des allgemeinverbindlichen, grundlegenden Charakters des § 138, wollte man jeden schwereren Verstoß gegen eine noch so relative Treuepflicht als sittenwidrig ansehen.[3] So zu verfahren, würde wegen der starren Rechtsfolge des § 138 auch praktisch zu unbrauchbaren Ergebnissen führen.

Damit soll nicht gesagt sein, daß § 138 im Rahmen einer Sonderrechtsbeziehung nicht anwendbar oder eine besondere Treuepflicht für § 138 ganz ohne Bedeutung sei. Wird gegen grundlegende, allgemeine Pflichten verstoßen, so liegt im Rahmen einer Sonderrechtsbeziehung erst recht ein Sittenverstoß vor. Darüber hinaus kann die aus einem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis entspringende besondere Treuepflicht zu einer Verschärfung des Maßstabes führen: Nicht jeder allgemeine sittlich-fundierte Rechtsgedanke ist privatrechtlich so weit aktualisiert, daß ein Verstoß stets zur Sittenwidrigkeit führen müßte.[4] Es ist aber denkbar, daß die Allgemeinheit einen solchen Verstoß dann als sittenwidrig ansieht, wenn er mit der Verletzung einer Treuepflicht zusammenfällt.[5] Im übrigen

---

1) Alfred Hueck, Treuegedanke S.11.

2) Alfred Hueck, Treuegedanke S.12.

3) Wie hier wohl auch Larenz I § 10 I; vgl. auch Erman (3.Aufl.) 4 c zu § 242 im Gegensatz zu Erman-Goerke (2.Aufl.) 3 zu § 242.

4) Vgl. oben S.68 für die Grundrechte.

5) Vgl. dazu unten S.101.

umfaßt auch § 242 in seinem Kernbereich allgemeine sittlich-fundierte Rechtsgrundsätze, z.B. das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, die Lehre vom Rechtsmißbrauch usw. Wenn gegen solche a l l g e m e i n e Grundsätze in besonders schwerer Weise verstoßen wird, so kann im Einzelfall der Vorwurf der Sittenwidrigkeit berechtigt sein.[1)]

Danach läßt sich der Satz, ein grober Verstoß gegen die Fürsorgepflicht enthalte auch einen Verstoß gegen die guten Sitten, allgemein nicht aufstellen. Das gilt in besonderem Maße für das Kündigungsschutzgesetz. Der Grundgedanke des Kündigungsschutzgesetzes, das Arbeitsverhältnis unter den Grundsatz des Bestandsschutzes zu stellen, gehört nicht zum allgemeinen Inhalt von § 242, sondern enthält eine spezifisch arbeitsrechtliche Wertung. Das Kündigungsschutzgesetz konkretisiert den § 242 nur insoweit, als die F ü r s o r g e p f l i c h t des Arbeitgebers den Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses fordert.[2)] Die allgemeinen Grundsätze des § 242 - etwa das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens, das Rechtsinstitut der Verwirkung usw. - bleiben neben § 1 KschG anwendbar.[3)]

Da der Gedanke des Bestandsschutzes auf einer spezifisch arbeitsrechtlichen Wertung beruht, liegt er in vollem

---

1) Die Lehre vom Rechtsmißbrauch etwa ist - je nachdem - entweder aus § 242 oder § 826 zu begründen; vgl. Staudinger-Weber 9 a zu § 242; vgl. im übrigen Alfred Hueck, Treuegedanke S.12 mit weit. Nachw. in Anm.29.

2) Nicht etwa ist das KschG schlechthin eine Konkretisierung der Lehre vom Rechtsmißbrauch. Die Lehre vom Rechtsmißbrauch verbietet aus besonderen Gründen die Geltendmachung formaler Rechte, nicht aber macht sie - wie das KschG - umgekehrt die Ausübung der Rechte vom Vorliegen besonderer, sie rechtfertigender Gründe abhängig. Vgl. zur Lehre vom Rechtsmißbrauch Enneccerus-Nipperdey II § 239 IV, besonders Anm.32.

3) Hueck, KschG Einl. III a, 6a; Siebert, Festschrift f. Nikisch S.138 u. BB 60,1029 ff.; Müller, Betr. 60, 1037 ff.; Herschel, Betr. 61, 66; Larenz, Anm. zu AP Nr.2 zu § 276 BGB. Vgl. im übrigen unten S.94 Anm.1.

Umfang innerhalb der durch Parteivereinbarung begründeten Sonderrechtsbeziehung. Auch ein grober Verstoß führt deshalb nicht zur Sittenwidrigkeit.[1)]

5. Die Sittenwidrigkeit maßregelnder und diskriminierender Kündigungen

a) Bewertung als sittenwidrig

Vermag die Grundlosigkeit, auch wenn sie in der Form offensichtlicher Willkür besonders deutlich hervortritt, für sich allein die Sittenwidrigkeit einer Kündigung nicht zu begründen, so fragt es sich doch, ob das Gleiche auch gilt, wenn die Kündigung nur deshalb erfolgt, weil der Arbeitnehmer berechtigte Forderungen geltend gemacht hat (z.B. auf Tariflohn) oder seine politische, gewerkschaftliche oder konfessionelle Zugehörigkeit oder Betätigung dem Arbeitgeber nicht paßt. Diese und andere Fälle, die von der h.M. der aus nichtigen Gründen ausgesprochenen

---

1) Vgl. oben S. 88 Anm. 1 . Die Grenze wird durch sittenwidrigen Rechtsmißbrauch, insbesondere Schikane, § 226, gekennzeichnet, vgl. oben S. 93 Anm. 1 u. Anm. 2 sowie Bötticher, MDR 52, 264. Inwieweit neben dem KschG und außerhalb seines Geltungsbereichs Kündigungen nach § 242 unwirksam sein können, ist eine andere Frage, deren Beantwortung davon abhängt, wo man die Grenze zwischen dem Bestandsschutzgedanken und dem allgemeinen Inhalt des § 242 zieht. Die Frage führt über das Thema dieser Arbeit hinaus. Nur soviel sei gesagt, daß es nicht darauf ankommen kann, ob die Grundlosigkeit der Kündigung oder die Mißbilligungswerte des Kündigungsgrundes mehr oder weniger deutlich hervortreten. Die (nur) grob sozialwidrige Kündigung läßt sich darum außerhalb des KschG nicht (wie z.B. LAG Bremen, BB 55, 510 f., meint) nach § 242 als unwirksam ansehen; vgl. Hueck, KschG Einl.III a 6a und b; Dietz, NJW 1951,944. Die Auffassung des BAG zu dieser Abgrenzungsfrage ist bisher nicht deutlich hervorgetreten. Die beiden bisher ergangenen Entscheidungen (BAG 8, 132, 141 u. NJW 1961, 1085, 1086) decken sich jedoch im Ergebnis mit der hier vertretenen Auffassung.

Kündigung zugerechnet werden[1], haben die Besonderheit an sich, daß sie nicht nur ohne triftigen Grund ausgesprochen sind, sondern auf Motiven beruhen, die vom Gesetz b e s o n d e r s mißbilligt werden, vgl. Art.3 Abs.3, 9 Abs.3 GG, § 4 TVG. Die stärkste gesetzliche Mißbilligung richtet sich gegen Kündigungen, die aufgrund gewerkschaftlicher Betätigung oder Einstellung des Arbeitnehmers ausgesprochen werden. Gewerkschaftliche Betätigung oder Einstellung werden als Teil der allgemeinen Koalitionsfreiheit von der Rechtsordnung schlechthin geschützt. Art.9 Abs.3 GG gewährleistet die Koalitionsfreiheit nicht nur im hoheitlichen Bereich, sondern auch im Verhältnis der einzelnen Rechtsgenossen zueinander. Eine Kündigung wegen gewerkschaftlicher Betätigung ist eine Behinderung der Koalitionsfreiheit. Eine solche Maßregelung ist gesetzwidrig.[2] Sie verstößt nicht nur gegen soziale Auffassungen, sondern gegen einen aktuellen Grundgedanken unserer Rechtsordnung, sie ist als gesetzwidrige Maßregelung auch sittenwidrig.[3]

Maßregelungskündigungen liegen auch vor, wenn dem Arbeitnehmer gekündigt wird, weil er die ihm vertraglich oder gesetzlich eingeräumten Rechte geltend macht. Häufig handelt der Arbeitgeber dann aus Verärgerung, um den Arbeit-

---

1) Vgl. oben S. 89/90.

2) RAG 4, 23 (26); LAG Hannover RdA 51, 318; Wernicke, BK z. GG 3 i.V.m. zu Art.9; Hueck-Nipperdey I § 56 IX 3.

3) Ob Entsprechendes auch dann gilt, wenn dem Arbeitnehmer - was seltener vorkommen wird - wegen a n t i - gewerkschaftlicher Einstellung gekündigt wird, richtet sich danach, ob Art.9 Abs.3 (oder Art.2 Abs.1) GG auch die negative Koalitionsfreiheit gewährleistet. Es ist also in erster Linie eine verfassungsrechtliche Frage, die hier nicht erschöpfend behandelt werden kann. Allgemein wird man aber sagen können, daß eine Rechtsnorm, die die Vereinigungsfreiheit verbürgt, auch die Freiheit, einer Vereinigung fern zu bleiben, gewährleistet, v.Mangoldt-Klein Anm.V 11 zu Art.9 GG; a.A. z.B. Hueck-Nipperdey II § 10 II.

nehmer zu bestrafen oder um ein Exempel zu statuieren. Er kann aber auch lediglich den Zweck verfolgen, den Arbeitnehmer zur Aufgabe seines Standpunktes zu veranlassen. Immer knüpft sich die nachteilige Folge der Kündigung an die Geltendmachung von Rechten.

Eine Maßregelungskündigung liegt ferner dann vor, wenn ein organisierter Arbeitnehmer von seinem tarifgebundenen Arbeitgeber den Tariflohn oder sonst die tarifentsprechende Gestaltung des Arbeitsverhältnisses verlangt und der Arbeitgeber dieses Verlangen mit einer Kündigung beantwortet. Vielfach liegt es auch so, daß der Arbeitgeber sich zunächst nur weigert, auf die berechtigten Forderungen des Arbeitnehmers einzugehen und zugleich androht, im Falle gerichtlicher Geltendmachung werde der Arbeitnehmer sofort entlassen. Wegen des damit auf den Arbeitnehmer ausgeübten Drucks bezeichnet man darauf ausgesprochene Kündigungen auch als Durckkündigungen.[1] Da diese Kündigungen von den erstgenannten nicht wesentlich verschieden sind, soll im folgenden der Kürze halber nur von Maßregelungskündigungen gesprochen werden.

Nach § 4 Abs.1 TVG haben die Rechtsnormen des Tarifvertrages unmittelbare und zwingende Wirkung zwischen den Tarifgebundenen, und § 4 Abs.4 bestimmt, daß ein Verzicht auf entstandene tarifliche Rechte unzulässig und ihre Verwirkung grundsätzlich ausgeschlossen ist. Nichtig sind aber auch Rechtsgeschäfte, die zur Umgehung der normativen Bestimmungen des Tarifvertrages abgeschlossen werden; § 4 Abs.3 TVG. Als ein solches Umgehungsgeschäft wird zum Teil eine Kündigung angesehen, die nur deshalb erfolgt, weil der Arbeitnehmer die Einhaltung eines tarifentsprechenden Arbeitsverhältnisses verlangt. Zweifelsfrei ist das indes nicht, da die Kündigung das Arbeitsverhältnis für die Zu-

---

1) Vgl. Franke, JW 1935,1308; diese Verwendung des Begriffs der Druckkündigung ist nicht zu verwechseln mit der zumeist üblichen; letztere betrifft Kündigungen, die der Arbeitgeber auf einen von dritter Seite ausgeübten Druck hin ausspricht.

kunft beendet und tarifliche Ansprüche insoweit gar nicht mehr entstehen können.[1] Auch beschränkt sich das Problem nicht auf tarifliche Rechte, sondern stellt sich allgemein bei Kündigungen, die wegen einer Berufung auf Rechtsansprüche ausgesprochen werden. Es ist deshalb praktisch bedeutsam, ob diese Kündigungen gegen allgemeine Rechtsgedanken verstoßen und deshalb sittenwidrig sind.

§ 4 TVG gewährleistet nicht nur die anspruchsbegründende Kraft der Tarifnorm für den einzelnen Arbeitnehmer, sondern unterstreicht vor allem die Bedeutung, die unsere Rechtsordnung den Tarifverträgen beimißt. Darüber hinaus machen die Unzulässigkeit des Verzichts und der Ausschluß der Verwirkung klar, daß der Gesetzgeber die Gefahr erkannt hat, die die wirtschaftliche Überlegenheit des Arbeitgebers für die Rechtsstellung des Arbeitnehmers darstellt.[2] Der durchgreifende Schutz führt selbst zur Aufhebung sonst allgemein anerkannter Rechtsinstitute wie des Verzichts und der Verwirkung. Der Gesetzgeber sieht eine Beschneidung tariflicher Rechte nicht nur als unsozial an, sondern wertet sie als einen Verstoß gegen die Rechtsordnung. Der Unterschied zu den Fällen der Sozialwidrigkeit liegt darin, daß sich der Arbeitgeber hier nicht nur als "Herr im eigenen Hause", sondern auch als "Herr im fremden Hause" aufführt, indem er zugleich in den Lebensbereich des Arbeitnehmers eindringt.[3] Das aber ist mit der rechtlichen Konzeption des Arbeitsverhältnisses, das zwar zur Betriebsgemeinschaft, aber nicht zur völligen Lebensgemeinschaft führt, unverträglich.[4] Die

---

1) Hueck-Nipperdey-Tophoven, TVG 48 zu § 4 u. Maus, TVG 73 zu § 4 nehmen an, daß die tarifliche Vereinbarung, einen bestimmten Lohn zu zahlen, zugleich das Verbot einer Kündigung aus dem Grunde enthalte, weil der Arbeitnehmer den Tariflohn fordere.

2) Vgl. vor allem Franke, JW 1935,1308.

3) Bötticher, MDR 52,263. Für die Unzulässigkeit des Verzichts auf entstandene tarifliche Rechte und der entspr. Druckkündigungen schon vor Erlaß des § 4 Abs.4 TVG: Franke, JW 1935,1310; LAG Berlin, ARS 2,84 (85/86); LAG München, ARS 24,117 (119).

4) Erman-Küchenhoff 2cE ee zu § 620.

Kündigung darf nicht artfremden Zwecken dienstbar gemacht werden.

Entsprechendes läßt sich von allen anderen Kündigungen sagen, die nur deshalb ausgesprochen werden, um den Arbeitnehmer an der Geltendmachung seiner Rechte zu hindern oder ihn deshalb zu bestrafen. Sie widersprechen den Grundgedanken des Rechts. Die Rechtsordnung gibt dem Arbeitnehmer Ansprüche gegen den Arbeitgeber. Der mit der Maßregelungskündigung verbundene Zweck, den Arbeitnehmer von der Geltendmachung seiner Ansprüche abzubringen oder ihn deshalb zu bestrafen, läuft der Entscheidung der Rechtsordnung zuwider. Die zu Grunde liegende Gesinnung ist nicht nur die des wirtschaftlich Überlegenen, der seine Macht ausspielt, sondern die des Rechtsbrechers, der sich bewußt der Rechtsordnung widersetzt, weil er sich eine eigene Ordnung aufbauen und die von ihm abhängigen Personen dieser Ordnung unterstellen will. Die Rechtsmoral verurteilt ein solches Vorhaben. Derartige Maßregelungskündigungen sind deshalb sittenwidrig.[1)]

Schließlich sind noch alle jene Kündigungen zu behandeln, die sich ausschließlich auf einen der in Art.3 Abs.3 GG ausdrücklich mißbilligten Differenzierungsgründe stützen, also Abstammung, Rasse, Nationalität, Herkunft, Geschlecht, religiöse oder politische Anschauungen des Arbeitnehmers zum Anlaß für die Kündigung nehmen. Eine Nichtigkeit nach § 134 wegen Verstoßes gegen Art.3 Abs.3 GG kommt nicht in Betracht, da Art.3 Abs.3 GG keine unmittelbare Wirkung im

---

1) Nur besondere Umstände können eine andere Beurteilung rechtfertigen. Das kommt etwa in Betracht, wenn sich die Firma des Arbeitgebers in schlechter wirtschaftlicher Lage befindet und der Unternehmer deshalb den Tariflohn nicht zahlen will. Dann fehlt es an einer rechtbrecherischen Gesinnung des Arbeitgebers und damit an einem sittenwidrigen Beweggrund. Vgl. im übrigen zu der im Text vertretenen Ansicht:LAG Breslau, ARS 31,79 (81) und ArbG Beuthen, ARS 36,37 (38) für die Geltendmachung tariflicher Lohnansprüche Hueck-Nipperdey-Tophoven 48 zu § 4 TVG; für die Ausübung sonstiger Rechte:RAG ARS 12,172 (174); RAG 43,119 (127); LAG Dortmund,ARS 28,101 (106);LAG Stuttgart, RdA 49,156 (157); Monjau Betr.51, 742; Bötticher, MDR 52,263; Erman-Küchenhoff 2cE ee zu § 620; Mayr, KschG 6 zu § 7.

Privatrecht hat.[1] Nichtigkeit könnte sich aber aufgrund des § 51 BetrVG (entsprechend § 56 BPVertrG) ergeben.

Diese Vorschrift stellt das bereits in Art.3 GG enthaltene Gleichheitsprinzip einschließlich der Diskriminierungsverbote des Art.3 Abs.3 als arbeitsrechtlichen Leitsatz auf. Überwiegend wird dabei die Ansicht vertreten, daß § 51 den Grundsatz der Gleichbehandlung auch für das Einzelarbeitsverhältnis im Betrieb aufstelle.[2] Daraus folgert man, der Gesetzgeber habe durch diese Bestimmung die Drittwirkung des in Art.3 Abs.3 GG aufgestellten Differenzierungsverbotes für das Arbeitsrecht positiv anerkannt.[3] Bötticher hat demgegenüber darauf hingewiesen, daß § 51 BetrVG keinerlei Sanktionen enthalte und die Beschränkungen der Handlungsfreiheit des Arbeitgebers in Mitwirkungs- und Anspruchsrechten des Betriebsrates bereits an anderen Stellen des Gesetzes sehr deutlich zum Ausdruck kommen.[4] Bedenkt man zudem, daß die Vorschrift Bestandteil eines kollektivrechtlichen Gesetzes ist, so liegt es nahe, sie nur als betriebsverfassungsrechtlichen Programm- und Ordnungssatz anzusehen, der keine unmittelbare Beschränkung der Gestaltungsfreiheit zur Folge hat. Dann aber wird die Frage praktisch, ob Kündigungen, die sich auf die ausdrücklich mißbilligten Differenzierungsgründe stützen, sittenwidrig sind.

Zunächst sei klargestellt, daß es sich hier nicht darum handelt, aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz irgendwelche Rechtsfolgen für die Gültigkeit von Kündigungen herzuleiten. Der Gleichbehandlungsgrundsatz befaßt sich mit der Frage, ob der Arbeitgeber beim Vorliegen gleichartiger Kündigungsgründe bei mehreren Arbeitnehmern diese gleich

---

1) Vgl. oben S. 64 ff u. Alfred Hueck, Bedeutung d. Art.3 S.27.

2) Z.B. Dietz, BetrVG 8 zu § 51.

3) Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht S.445; Dietz, BetrVG 11 a zu § 51; Hueck-Nipperdey II § 69 V 2.

4) Bötticher, RdA 53,166.

behandeln muß.[1] Hier aber geht es darum, ob gesetzlich ausdrücklich mißbilligte Diskriminierungsgründe zur alleinigen Grundlage einer Kündigung gemacht werden dürfen.

Auszugehen ist von der Erwägung, daß der Grundsatz der Fürsorgepflicht allein nicht die Sittenwidrigkeit einer Kündigung begründet, die auf mißbilligenswerten Gründen beruht. Aber auch aus Art.3 Abs.3 GG, § 51 BetrVG ergibt sich nicht die Sittenwidrigkeit aller Rechtsgeschäfte, die dem Grundgedanken dieser Vorschriften zuwiderlaufen. Ein solcher Grundsatz läßt sich allgemein nicht aufstellen. Die Diskriminierungsverbote des Art.3 Abs.3 GG entsprechen zwar einem sittlich-rechtlichen Grundgedanken, doch sind sie für das Privatrecht noch nicht genügend aktualisiert, um jeden Verstoß als sittenwidrig erscheinen zu lassen.

Im Arbeitsrecht werden die unzulässigen Diskriminierungsgründe durch § 51 BetrVG noch einmal ausdrücklich mißbilligt, und nach § 61 c Z.3 BetrVG dürfen sie auch bei der Auswahl der neu einzustellenden Arbeitnehmer nicht berücksichtigt werden. Ob damit der in Art.3 Abs.3 GG enthaltene Grundgedanke für das Arbeitsrecht so weit "aktualisiert" wird, daß seine Nichtbeachtung zur Sittenwidrigkeit führt, erscheint jedoch sehr zweifelhaft. Sieht man in § 51 nur einen betriebsverfassungsrechtlichen Programmsatz, so zwingt auch § 61 c Z.3 nicht zu der Annahme, die Unzulässigkeit der Diskriminierungsverbote sei für das Arbeitsrecht als unmittelbar verbindlicher Rechtsgrundsatz ausgesprochen. Denn dort wird nur ein Mitwirkungsrecht des Betriebsrats geregelt, g e m e i n s a m können sich Unternehmer und Betriebsrat also über das Gebot hinweg-

---

1) Das wird von der h.M. sowohl für die ordentliche als auch für die außerordentliche Kündigung verneint; vgl. Götz Hueck, Gleichmäßige Behandlung S.359 ff. u. Hueck-Nipperdey I § 48 IV 5.

setzen. Im übrigen gilt die Vorschrift nur für betriebsratspflichtige, also größere Betriebe,und § 81 BetrVG sieht weitgehende Ausnahmen, insbesondere für Tendenzunternehmen vor.

Bei der Kündigung ergibt sich jedoch eine entscheidende Besonderheit. Im Gegensatz zur Neueinstellung eines Arbeitnehmers greift die Kündigung in ein bestehendes Arbeitsverhältnis ein, das vom Grundsatz der Fürsorgepflicht beherrscht wird. Dieser Gedanke hat den Gesetzgeber veranlaßt, unberechtigte Kündigungen als sozialwidrig zu mißbilligen. Trifft diese spezielle Mißbilligung mit dem allgemeinen Unwerturteil des Art.3 Abs.3 GG zusammen, so wird der Verstoß gegen die Fürsorgepflicht zugleich zu einem Verstoß gegen ein grundlegendes Gebot unserer Rechtsordnung. Hier ist das allgemeine Unwerturteil des Art.3 Abs.3 GG durch das Hinzukommen der speziellen Mißbilligung des Kündigungsschutzgesetzes soweit "aktualisiert", daß es den Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründen kann.[1)]

b) Behandlung nach dem Kündigungsschutzgesetz

Da die Fälle unberechtigt maßregelnder und diskriminierender Kündigungen nach h.M. unter den Begriff der Kündigung aus nichtigen Gründen im Sinne des § 7 Abs.1 S.3 KschG fallen[2)], sittenwidrige Kündigungen aber nach § 11 Abs.3 S.1 KschG nicht dem Kündigungsschutzgesetz unterliegen, ergibt sich die Frage, wie diese Kündigungen zu behandeln sind.

---

1) Auch hier kann aber für Tendenzunternehmen entsprechend § 81 BetrVG eine besondere Wertung erforderlich werden, und zwar dann, wenn die Kündigung nach der Eigenart des Unternehmens als berechtigt erscheint. In der Literatur wird eine, gegen die Diskriminierungsverbote des § 51 BetrVG verstoßende Kündigung meist schon als gesetzwidrig angesehen; vgl. Dietz, BetrVG 10 a zu § 51; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, Anm.23 f.zu.§ 51, wohl auch Hueck-Nipperdey II § 69 V 2.

2) Vgl. oben S.89/90.

Das Kündigungsschutzgesetz selbst bietet einen Anhalt in § 11 Abs.3 S.2. Dort werden dem Arbeitnehmer verschiedene Vorteile eingeräumt, wenn er auch gegenüber einer sittenwidrigen Kündigung Form und Frist der Kündigungsschutzklage einhält. Vor allem wird ihm die Möglichkeit gegeben, nach § 7 Abs.1 eine Entschädigung zu verlangen, wenn ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist, was bei sittenwidrigen Kündigungen besonders häufig vorkommen wird.[1] Da § 11 Abs.3 S.2 HS 1 KschG aber nur auf § 7 Abs.1 S.1 und nicht auf Abs.1 S.2 und 3 verweist, ergibt sich, daß das Gesetz für die offensichtlich willkürlichen oder unter Machtmißbrauch aus nichtigen Gründen ausgesprochenen Kündigungen die Nichtigkeitsfolge des § 138 ausschließen will.[2] Ist also die h.M. richtig, die die Fälle der unberechtigten Maßregelungskündigung und der Druckkündigung als Kündigung aus "nichtigen Gründen" im Sinne des § 7 Abs.1 S.3 KschG ansieht, so folgt daraus, daß diese Kündigungen - jedenfalls gegenüber den Arbeitnehmern, die unter das

---

1) Hueck, KschG 21 zu § 11.

2) BAG AP Nr.2 zu § 184 BGB u. Nr.1 zu 22 KschG; Hueck, KschG 17 zu § 11. A.A. Monjau, Betr.51,742; Gramm, ArbR-Blattei, KschG VIII C II; Hertslet, ArbuR 55,117; Ostermeyer, RdA 52,142 Anm.5; Savaète, ArbuR 57,101; die weitergehende Folgerung, § 11 Abs.3 S.2 lasse erkennen, daß das Gesetz solche Kündigungen nicht als sittenwidrig ansehe, geht aber fehl. Diese Auslegung beruht auf der Ansicht, der Gesetzgeber könne die Nichtigkeit auf Grund von § 138 gar nicht ausschließen, da diese Vorschrift eine grundlegende Norm unserer Rechtsordnung sei. Daß diese Ansicht nicht zutrifft, wurde bereits oben S. 76 dargelegt. Selbstverständlich kann der Gesetzgeber Voraussetzungen und Folgen sittenwidriger Rechtsgeschäfte einer besonderen Interessenlage entsprechend abweichend festlegen und damit die Anwendbarkeit von § 138 ganz oder teilweise ausschließen. Dementsprechend nimmt ja auch die h.M. an, daß das KschG den § 242 - ebenfalls eine grundlegende Norm unserer Rechtsordnung - in seinem Bereich ausschließe. Vgl. Hueck in Anm. zu LAG Bremen AP 50 Nr. 262; a.A. Auffarth-Müller, KschG 18 zu § 7; Herschel-Steinmann 7 zu § 11.

Kündigungsschutzgesetz fallen - nicht als nichtig nach § 138, sondern nur als sozial ungerechtfertigt nach § 1 KschG mit allen sich daraus ergebenden Folgen zu behandeln sind.

Der Begriff der Kündigung aus nichtigen Gründen ist im Gesetz nicht näher definiert. Sicher sind unter "nichtigen Gründen" nicht schlechthin Nichtigkeitsgründe im Rechtssinne zu verstehen. Denn wenn alle nach allgemeinen Vorschriften nichtigen Kündigungen nur als sozial ungerechtfertigt zu behandeln wären, hätte es der Vorschriften des § 11 Abs.3 und 4 KschG nicht bedurft. Andererseits erscheint es aber nicht ausgeschlossen, daß einzelne Fälle nichtiger Kündigungen miterfaßt werden. Der Wortlaut spricht für die Einbeziehung der Kündigungen, die unserer Rechtsordnung zuwiderlaufen. Auch ist das Bedenken weggefallen, das gegen eine solche Auslegung unter der Geltung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit vorgebracht werden konnte. Damals war auch die grob sozialwidrige Kündigung wirksam; sie konnte bestenfalls durch Widerruf beseitigt werden. Auch von der Verpflichtung zum Widerruf konnte sich der Arbeitgeber freikaufen. Es bestand also die Gefahr, daß der Arbeitnehmer trotz aller persönlichen Bemühungen gegen seinen Willen an einer nach allgemeinen Grundsätzen unwirksamen Kündigung festgehalten wurde.[1] Heute ist die sozialwidrige Kündigung grundsätzlich unwirksam. Praktisch besteht der Unterschied zur nichtigen Kündigung nur in dem Erfordernis rechtzeitiger Geltendmachung der Unwirksamkeit. Schließlich spricht auch der Zweck der kurzen Ausschlußfrist des § 3 KschG, eine schnelle Klärung der Verhältnisse herbeizuführen, für eine weite Auslegung des § 7 und eine Einschränkung der nach § 138 mit § 11 Abs.3 KschG nichtigen Kündigungen.[2]

---

1) Daher wohl die enge Auslegung v.Mansfeld, AOG 7b zu § 58: "Nichtig heißt hier geringfügig, nichtssagend und ist mit der allgemein-rechtlichen Nichtigkeit nicht identisch." Vgl. auch RAG ARS 26, 125 (137).

2) Nikisch I § 51 X 2; Hueck, KschG 17 zu § 11 mit weit. Nachw. Staudinger-Nipperdey-Neumann-Mohnen 60 vor § 620, die diese Konzeption allerdings für bedauerlich halten.

Der Wortlaut des § 7 Abs.1 S.3 KschG und der Zweck der Ausschlußfrist des § 3 rechtfertigen es, diese Fälle dem Kündigungsschutzgesetz zu unterstellen.

Da die grob sozialwidrige Kündigung, abgesehen von den soeben behandelten Fällen, als solche nicht sittenwidrig, sondern nur besonders treuwidrig ist, das Kündigungsschutzgesetz in seinem Bereich aber den § 242 nach h.M. abschließend konkretisiert[1], sind die Arbeitnehmer, die nicht unter das Kündigungsschutzgesetz fallen, weder gegen sozial ungerechtfertigte, noch gegen grob sozialwidrige Kündigungen geschützt. Anders liegt es bei den sittenwidrigen Diskriminierungs- und Maßregelungskündigungen. Sie gehen über den Bestandsschutzcharakter des Kündigungsschutzgesetzes hinaus. Das Kündigungsschutzgesetz gibt selbst in seinem § 11 Abs.3 zu erkennen, daß es die sittenwidrigen Kündigungen im großen und ganzen von der Sonderbehandlung ausnehmen will. Es erscheint auch nicht möglich, hier den Schutz ganz zu versagen, weil die Arbeitnehmer, die dem Kündigungsschutzgesetz unterfallen, in einem solchen Fall an die Frist des § 3 gebunden wären. Es läßt sich nicht sagen, die Arbeitnehmer außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes ständen deshalb besser da: Im ganzen stehen sich die Arbeitnehmer, die in den Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fallen, sehr viel besser als die anderen.

6. Die nach § 138 BGB, § 11 Abs.3 KschG nichtigen Kündigungen

Nach alledem bleibt dem § 138 n e b e n dem Kündigungsschutzgesetz nur ein kleiner Anwendungsbereich. Bloß unsoziales Verhalten, mag es auch in der krassen Form offensichtlicher Willkür auftreten, reicht nicht aus. Es müssen zusätzliche Umstände hinzukommen. Dabei ist an Fälle zu denken, die denen der sittenwidrigen Maßregelungs- und

---

1) Vgl. oben S. 93.

Druckkündigungen vergleichbar sind. In Betracht kommen namentlich Kündigungen, die auf v e r w e r f l i c h e n M o t i v e n beruhen, etwa aus Rachsucht, zur Vergeltung ausgesprochen werden.[1] Dabei ist auch an die Fälle zu denken, in denen der Arbeitgeber aus Verärgerung über die Zurückweisung unsittlicher oder strafbarer Zumutungen handelt.[2] Weiter kommen Änderungskündigungen in Betracht, die mit dem Angebot knebelnder Vertragsbedingungen verbunden sind.[3]

Schließlich kann eine sozialwidrige Kündigung sittenwidrig sein, wenn sie auf Grund b e s o n d e r e r Umstände des Einzelfalles einen anstößigen Gesamtcharakter erhält, der über die Grundlosigkeit hinausgeht und eine besonders rücksichtslose Gesinnung erkennen läßt. So liegt es etwa, wenn einem langjährigen Angestellten, der sich um den Betrieb besonders verdient gemacht hat und in einer sozial besonders schlechten Lage ist, ohne jeden Grund gekündigt wird.[4]

Ist § 138 insoweit neben dem Kündigungsschutzgesetz anwendbar, so gilt das Gleiche erst recht außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes. Im übrigen können sich bei der Geltendmachung der Sittenwidrigkeit praktische Schwierigkeiten ergeben, denn regelmäßig wird der Arbeitgeber nicht den wirklichen, sittenwidrigen Grund nennen, sondern irgendeinen anderen, wenn auch nichtigen vorschieben.[5] Dann muß der Arbeitnehmer beweisen, daß die

---

1) BAG AP Nr.2 zu § 184 BGB, Nr.1 zu § 22 KschG; Hueck, KschG 17 zu § 11; Nikisch § 51 X 2; Auffarth-Müller, KschG 22 zu § 11; Monjau, Betr. 51, 742.

2) Auffarth-Müller, KschG 22 zu § 11; Erman-Küchenhoff 2c Dbb 3 zu § 620.

3) Erman-Küchenhoff 2c Dbb 2 zu § 620.

4) LAG München, RdA 49,351 (352) für den Fall fristloser Entlassung eines Kriegsgefangenen unmittelbar nach seiner Rückkehr. Vgl. im übrigen Auffarth-Müller, KschG 22 zu § 11; Monjau, Betr.51,742; RAG ARS 26,125 (138); weit. Nachw. b. Hueck, KschG 18 zu § 11.

5) Nikisch, BB 51, 647 Anm.6.

Kündigung in Wirklichkeit auf einem sittenwidrigen Grund beruht.[1]

II. Die sittlich-rechtlichen Schranken der Wettbewerbsabrede

1. Der Begriff des vertraglichen Wettbewerbsverbotes

Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitnehmer aus der allgemeinen Treuepflicht gehalten, grundsätzlich jeden Wettbewerb mit dem Arbeitgeber zu unterlassen.[2] Ausdrücklich ist den Handlungsgehilfen und Handlungslehrlingen kraft Gesetzes untersagt, ohne Einwilligung des Prinzipals ein Handelsgewerbe zu betreiben oder im Handelszweige ihres Arbeitgebers für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen, §§ 60, 76 HGB. Für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen derartige Vorschriften nicht.[3] Auch aus der arbeitsrechtlichen Treuepflicht ergibt sich keine Beschränkung; denn die Treuepflicht endet mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, und eine Nachwirkung läßt sich - jedenfalls insoweit - nicht annehmen.[4]

Der Arbeitgeber hat aber häufig ein erhebliches Interesse daran, Wettbewerbshandlungen eines ausscheidenden Arbeitnehmers zu unterbinden. Er will etwa verhindern, daß der Arbeitnehmer selbst einen Konkurrenzbetrieb eröffnet oder als gut ausgebildete Fachkraft eine Konkurrenzfirma unterstützt. Vor allem aber sucht der Arbeitgeber zu verhindern, daß die Konkurrenz auf diese Weise von seinen Betriebs- und Produktionsgeheimnissen erfährt. Deshalb vereinbart er mit dem Arbeitnehmer ein Wettbewerbsverbot für

---

1) Hueck, KschG 17 zu § 11.

2) Hueck-Nipperdey I § 38 vor I und § 38 I 2.

3) Das Verbot in § 90 HGB, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zu verwerten oder anderen mitzuteilen, gilt nur für Handelsvertreter.

4) BAG AP Nr.2 zu § 626 BGB.

die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Die Wettbewerbsvereinbarung ist rechtlich ein Vertrag, mit dem der Arbeitnehmer die Verpflichtung übernimmt, sich für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Beschränkungen in der beruflichen Betätigung aufzuerlegen.[1] Dabei kommt es auf den Umfang der übernommenen Beschränkung nicht an; es ist nicht erforderlich, daß dem Arbeitnehmer seine gewerbliche Tätigkeit unmöglich gemacht wird.[2] Vielmehr ist grundsätzlich jede Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit als Wettbewerbsverbot anzusehen.[3]

Da das Wettbewerbsverbot regelmäßig nicht getrennt vereinbart wird, sondern zugleich mit dem Arbeitsvertrag und in derselben Urkunde, spricht man in der Praxis auch ganz allgemein von der "Konkurrenzklausel".[4] Für den Charakter der Wettbewerbsvereinbarung als selbständiger vertraglicher Abrede ist es jedoch unerheblich, ob sie getrennt vom Arbeitsvertrag oder zugleich mit diesem vereinbart wird.[5] Andererseits stellt die Vereinbarung im Verhältnis zum Arbeitsvertrag nur eine Nebenabrede dar. Daraus ergibt sich, daß die Konkurrenzklausel nichtig ist, wenn der Arbeitsvertrag nichtig ist. Umgekehrt wird die Gültigkeit des Arbeitsvertrages durch die Nichtigkeit der Konkurrenzklausel grundsätzlich nicht berührt, soweit nicht ausnahmsweise § 139 anwendbar erscheint.[6]

---

1) Grüll, Konkurrenzklausel S.13.

2) RAG ARS 4, 262 (265).

3) Schlegelberger-Schröder 4 zu § 74; Grüll, Konkurrenzklausel S.16.

4) Grüll, Konkurrenzklausel S.12 Anm.5.

5) Schlegelberger-Schröder 3 zu § 74; Grüll, Konkurrenzklausel S.13.

6) Staudinger-Nipperdey-Neumann-Mohnen 99 zu § 611; Schlegelberger-Schröder 3b zu § 74; Grüll, Konkurrenzklausel S.15.

2. Die grundsätzliche Zulässigkeit von Wettbewerbsabreden

Die Zulässigkeit der Konkurrenzklausel entnahm man früher aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und aus den §§ 74 ff. HGB und 133 f GewO. Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes haben sich Bedenken gegen die Zulässigkeit von Wettbewerbsabreden aus den Art.2 Abs.1 und 12 GG ergeben. Unmittelbare Bedeutung im Privatrecht kommt den Grundrechten jedoch nicht zu; sie können nur zu einer Verschärfung oder einer Umkehrung bestehender privatrechtlicher Wertungen führen.[1] Auch die Ansicht von der "Drittwirkung" der Grundrechte braucht jedoch bei den Konkurrenzklauseln nicht zu grundsätzlich abweichender Beurteilung der Zulässigkeit zu führen. Zwar läßt sich nicht argumentieren, die Wettbewerbsklausel enthalte ebensowenig wie der Arbeitsvertrag selbst einen Verstoß gegen die Berufsfreiheit[2]; denn der Arbeitsvertrag ist für den Arbeitnehmer die bestimmungsgemäße Beschränkung dieses Grundrechts, ohne die es für ihn wertlos wäre. Ebenso spricht die nachkonstitutionelle Vorschrift des § 90a HGB nicht entscheidend für die Zulässigkeit der Wettbewerbsklausel.[3] Die bloße Tatsache ihres Erlasses sagt noch nichts über ihre Verfassungsmäßigkeit aus.[4] Aber die freie Entfaltung der Persönlichkeit und die freie Berufs- und Arbeitsplatzwahl sind jedenfalls für das Wettbewerbsverbot durch die §§ 74 ff. HGB, 133 f GewO, 138 näher konkretisiert und genügend geschützt.[5] Den genannten Grundrechten kommt

---

1) Vgl. oben S.67 und unten S.190.
2) So aber Götz Hueck in Anm. zu AP Nr.1 zu Art.12 GG.
3) So aber Meyer-Scherling, RdA 59,86.
4) Schnorr in Anm. zu BAG AP Nr.7 zu Art.12 GG.
5) BAG AP Nr.3 zu § 133 f GewO.

deshalb nur im Rahmen dieser Bestimmungen Bedeutung zu.[1)]

Da bei der Wettbewerbsabrede einerseits besonders gewichtige Interessen des Arbeitgebers auf dem Spiele stehen, andererseits sich zu harte Klauseln belastend für das Fortkommen und die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers auswirken können, ist die Gefahr des Mißbrauchs der sozialen Übermacht des Arbeitgebers besonders groß. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber die Sondervorschriften für kaufmännische und gewerbliche Angestellte geschaffen.

Die kaufmännischen Angestellten, die einen wertvollen Einblick in den Kundenkreis und die Geschäftsgeheimnisse des Unternehmers bekommen, erscheinen gegenüber unbilligen Beschränkungen der Betätigungsfreiheit besonders gefährdet. Ihnen hat der Gesetzgeber deshalb in den §§ 74 ff. HGB eine eingehende Regelung gewidmet. Weniger einschneidend sind die Grenzen der Wettbewerbsvereinbarung mit gewerblichen Angestellten in § 133 f GewO festgelegt. Schließlich kennt das Gesetz auch Vorschriften über die Wettbewerbsabrede der Handelsvertreter, § 90 a HGB. Da der Handelsvertreter aber persönlich selbständig ist, ist er kein Arbeitnehmer.[2)] § 90a HGB soll deshalb nur erörtert werden, soweit es zum Verständnis der übrigen Vorschriften geboten erscheint.

---

1) So der 2. und 5. Senat des BAG in AP Nr.3, Nr.7 und Nr.20 zu Art.12 GG, Nr.8 zu § 133 f.GewO. Aber auch der 1. Senat des BAG, der dem Grundrecht der Berufsfreiheit unmittelbare Bedeutung im Privatrecht beimißt - BAG NJW 1962,1981 ff. - nimmt bei Wettbewerbsverboten nur eine mittelbare Grundrechtsverwirklichung im Rahmen der Sondervorschriften an, BAG AP Nr.4 zu § 133 f GewO, BAG NJW 1962,1982. Unklar bleibt, wie nach dieser Rechtsprechung Wettbewerbsverbote mit Arbeitnehmern, für die keine Sondervorschriften bestehen, behandelt werden sollen.

2) Als arbeitnehmer-ä h n l i c h e Personen lassen sich aber die Einfirmenvertreter des § 92a HGB ansehen, Hueck-Nipperdey I § 9 III 3 u. § 10 II.

In den §§ 74 ff. HGB gibt das Gesetz zunächst zwingende Formvorschriften und stellt weitere Grundsätze auf, deren Nichtbeachtung teils die Nichtigkeit, teils nur die Unverbindlichkeit der Wettbewerbsabrede für den Arbeitnehmer zur Folge hat. Die Unverbindlichkeit gilt meist nicht für das ganze Verbot, sondern nur insoweit, als es vom Gesetz mißbilligte, übermäßige Beschränkungen auferlegt.

Mängel, die die Wettbewerbsvereinbarung nichtig machen, sind: Verletzung der Formvorschriften, Minderjährigkeit oder geringe Entlohnung des Angestellten, Verpfändung des Ehrenworts, Verpflichtung Dritter und Verstoß gegen die guten Sitten. Zur Unverbindlichkeit führt das Fehlen der Karenzentschädigung oder eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers sowie eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Arbeitnehmers. Diese den §§ 74 ff. HGB entnommenen Bestimmungen lassen eine eingehende Regelung der Wettbewerbsabrede erkennen.

Es liegt an sich nahe, diese Vorschriften auf Wettbewerbsabreden mit gewerblichen Angestellten, Handelsvertretern und Arbeitnehmern, für die keine ausdrücklichen Beschränkungen der Konkurrenzklausel vorgesehen sind, analog anzuwenden. Eine solche Ausdehnung der handelsrechtlichen Vorschriften ist jedoch nicht zulässig. Einmal sind die Verhältnisse bei den einzelnen Arbeitnehmergruppen zu untypisch, die Interessenlagen zu verschieden.[1] Die gesetzlichen Bestimmungen sind Sondervorschriften.[2] Zum anderen hat der Gesetzgeber bislang von einer Ausdehnung der Vorschriften auf die anderen Arbeitnehmer b e w u ß t abgesehen.[3] In einem solchen Falle ist der Richter nicht

---

1) BAG AP Nr.1 zu § 133 g GewO.

2) BAG AP Nr.1,3 u.4 zu § 133 f GewO; Landmann-Rohmer Anm.1 Abs.2 zu § 133 f GewO; a.A. Günther, NJW 1960, 948; anders auch die einheitliche Regelung der Art. 356 ff. Schweiz OR.

3) Bei den Vorarbeiten z. Neufassung der §§ 74 ff. HGB i. J. 1914 wurde eine Ausdehnung auf gewisse Angestellte ausdrücklich abgelehnt. Die Entwürfe über ein Arbeitsvertragsgesetz von 1923 und 1938 sahen grundsätzlich eine einheitliche Regelung vor, doch sollte die Höchstdauer für techn. Angestellte 5 Jahre betragen, Hueck-

befugt, durch Analogieschluß die gesetzliche Regelung zu ändern oder zu beseitigen.[1)]

Von Tuhr vertrat die Auffassung, die in den §§ 74 ff. HGB niedergelegten Grundsätze seien Ausdruck "immanenter Grenzen der Rechtsordnung".[2)] Wenn es außer den §§ 134, 138 der Rechtsordnung immanente Schranken der Privatautonomie gäbe, müßten sie auch dort berücksichtigt werden, wo sie vom Gesetz nicht ausdrücklich genannt werden, z.B. müßten die in den §§ 74 ff. HGB niedergelegten Grundsätze auch auf andere Arbeitnehmer Anwendung finden. Diese Ansicht führt zu dem gewünschten praktischen Ergebnis, daß ein Verstoß die Wettbewerbsvereinbarung nicht nichtig, sondern nur insoweit unwirksam macht, als die der Rechtsordnung innewohnenden Grenzen überschritten werden. Das Gesetz kennt jedoch als allgemeine Schranken der Privatautonomie nur die §§ 134 und 138. Die Auffassung von Tuhrs findet also im Gesetz keine Stütze. Ihr kann deshalb nicht gefolgt werden.

Soweit Sondervorschriften nicht eingreifen, bleibt vielmehr § 138 die einzige Schranke für die Vereinbarung einer Konkurrenzklausel.[3)] § 138 ist als allgemeine Vorschrift stets zu beachten und gilt für alle Wettbewerbsvereinbarungen: Da nicht einmal die ausführliche Regelung der §§ 74 ff. HGB abschließend ist (§ 74 a Abs.3), können es die weniger ausführlichen Vorschriften für gewerbliche

---

Nipperdey I § 38 Anm.49.

1) BAG AP Nr.4 zu § 133 f GewO, allgemein v.Tuhr I S.43.

2) v.Tuhr II 2 S.37/38. Vgl. auch Lukes, Festschrift f. Hueck S.479 ff., der die Grenzen der Zulässigkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen aus der Funktion der Privatautonomie ableitet. Lukes stellt jedoch nicht entscheidend auf das Einzelgeschäft, sondern auf die Formulierung der allgemeinen Geschäftsbedingungen und damit auf die Vorweggestaltung der f r e m d e n Rechtssphäre ab. Die generellen, normähnl. allgemeinen Geschäftsbedingungen sollen durch die Privatautonomie beschränkt werden, nicht soll umgekehrt - wie bei § 138 - die Privatautonomie durch irgendwelche Kriterien eingeschränkt werden.

3) Teilweise wird bereits bei der Auslegung eine sinngemäße Beschränkung nach den §§ 242,157 vorgenommen; vgl. Erman-Westermann 4 zu § 138 und unten S. 232.

Angestellte und Handelsvertreter erst recht nicht sein. Entsprechendes gilt für Arbeitnehmer, für die gar keine Sondervorschriften bestehen.[1)]

Im Rahmen von § 138 sind die Bestimmungen der Sondervorschriften bedeutsam, soweit sie Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken sind und auf einem Sittlichkeitsstreben des Gesetzgebers beruhen.[2)] Es erscheint deshalb besonders bedeutsam zu untersuchen, inwieweit die §§ 74 ff. HGB Konkretisierungen von § 138 und inwieweit nur arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen enthalten.

Auch hier erübrigt sich eine genaue Überprüfung der einzelnen Tatbestände nicht deshalb, weil das Gesetz in einigen Bestimmungen die von § 138 abweichende Rechtsfolge teilweiser Unverbindlichkeit angeordnet hat.

3. § 74 Abs.2 HGB: Der Grundsatz der bezahlten Karenz

§ 74 Abs.1 HGB stellt zwei formelle Erfordernisse für die Vereinbarung des Wettbewerbsverbots auf: Er verlangt Schriftform und die Aushändigung einer vom Prinzipal unterzeichneten, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenden Urkunde an den Handlungsgehilfen. Diese Vorschriften, die von Rechtsprechung und Rechtslehre streng gehandhabt werden, sind zwingend und lassen grundsätzlich keine Berufung auf Billigkeitserwägungen zu.[3)] Die Schriftform bezweckt, den Handlungsgehilfen vor einer unüberlegten Bindung nach Möglichkeit zu bewahren.[4)] Sie hat also Warnfunktion. Die Aushändigung der Urkunde verlangt das Gesetz, um dem Gehilfen die Kenntnis ihres Inhalts dauernd

---

1) Vgl. S.190 Anm.1 und Landmann-Rohmer 3c zu § 133 f GewO; Hueck-Nipperdey I § 38 IIC; Nikisch I § 35 IX.

2) BAG AP Nr.7 zu § 74 HGB; Würdinger in Anm. zu AP Nr. 3 zu § 133 f. GewO; Hueck-Nipperdey I § 38 Anm.57; Nikisch I § 35 IX.

3) Schlegelberger-Schröder 10 zu § 74.

4) Würdinger in RGRK-HGB 5 zu § 74.

gegenwärtig zu halten. Beide Bestimmungen dienen lediglich dem Schutz des Arbeitnehmers, ein ausgesprochenes Sittlichkeitsstreben ist ihnen nicht zu entnehmen. Es handelt sich um typische arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen und nicht um Konkretisierungen von § 138.

Eine von diesen formellen Unwirksamkeitsgründen wesentlich verschiedene Vorschrift enthält § 74 Abs.2 HGB. Dort ist die Verbindlichkeit des Wettbewerbsverbotes von der Zusicherung einer Entschädigung abhängig gemacht worden. Von diesem Grundsatz macht § 75b wieder Ausnahmen.[1] Im übrigen muß sich der Gehilfe nach § 74c auf die Entschädigung anrechnen lassen, was er inzwischen anderweit erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Wird die gesetzlich vorgesehene Mindestentschädigung nicht vereinbart, so ist das Verbot u n v e r b i n d l i c h . Im Gegensatz zur Nichtigkeit kann sich hier nur der Prinzipal nicht auf die Vereinbarung berufen (vgl. § 75d S.1). Der Handlungsgehilfe kann sich aber freiwillig dem Wettbewerbsverbot unterwerfen und dann die vereinbarte geringere Entschädigung verlangen.[2]

Die Untersuchung der allgemeinen Bedeutung der Karenzentschädigung hat davon auszugehen, daß das Gesetz außer für Handlungsgehilfen nur noch für Handelsvertreter eine Karenzentschädigung vorschreibt, § 90a Abs.1 S.3 HGB. Für gewerbliche Angestellte existiert eine solche Vorschrift nicht. Im übrigen ist die Entschädigung für die Frage, ob die Wettbewerbsabrede mit einem Handlungsgehilfen eine unbillige Erschwerung des Fortkommens enthält, von ausschlaggebender Bedeutung. Denn der Arbeitnehmer kann die Karenzzeit besser überbrücken und daher leichter fortkommen, wenn er eine Entschädigung erhält.[3] Für die Frage,

---

1) Zur Berechnung der Gehaltsgrenzen vgl. das entsprechende Problem bei § 74a Abs.2 S.1, unten S.137.

2) Würdinger in RGRK-HGB Vorbem.7 vor § 74 mit weit.Nachw.

3) Vgl. § 74a Abs.1 S.2 HGB und RG Recht 1914 Beil. Nr. 893 und BAG AP Nr.3 zu § 133 f. GewO.

ob eine unbillige Erschwerung vorliegt, kommen aber a l l e Umstände des Einzelfalles in Betracht. Aus dem bloßen Fehlen der Entschädigung kann also noch nicht auf eine Unverbindlichkeit oder gar Sittenwidrigkeit der Konkurrenzklausel geschlossen werden.[1)]

Das Bundesarbeitsgericht stellt in einigen Entscheidungen[2)] allerdings einen anderen Gedanken in den Vordergrund. Es geht von der unmittelbaren Geltung der Art. 2, 12 GG aus und leitet daraus ab, daß Wettbewerbsverbote ohne Gegenleistung des Arbeitgebers heute vor der Rechtsordnung keinen Bestand mehr haben können, wenn sie nicht durch andere Leistungen des Arbeitgebers oder die besonderen Umstände des Falles ausgeglichen werden.[3)] Diese Ansicht beruht letztlich auf der Erwägung, daß die "pflichtgebundene soziale Gerechtigkeit" solche einseitigen Opfer eines Menschen nicht vertrage.[4)] Das Fehlen der Entschädigung soll bei gewerblichen Angestellten nach § 133 f GewO zur Unverbindlichkeit, bei anderen Arbeitnehmern, z.B. gewerblichen Arbeitern, dagegen zur Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit führen.[5)]

Die Ansicht des BAG beruht auf der Erwägung, daß Wettbewerbsabrede und Karenzentschädigung im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, die Gegenleistung des Arbeitgebers nicht etwa schon im Arbeitslohn gefunden werden dürfe.[6)] Dem wird man nur bedingt zustimmen können; denn

---

1) Vgl. Anm.3 u. BAG AP Nr.20 zu Art.12 GG u. ArbG Stade AP Nr.7 zu § 74 HGB.

2) BAG AP Nr.4 zu § 133 f GewO (1.Senat) u. AP Nr.8 zu § 133 f GewO (5.Senat).

3) BAG AP Nr.4 zu § 133 f GewO.

4) BAG AP Nr.8 zu § 133 f u. Nr.1 zu § 133 g GewO.

5) BAG AP Nr.8 zu § 133 f einerseits u. Nr.1 zu § 133 g GewO andererseits.

6) In diesem Sinne d. Begründung d. Entwurfs, Verh. d. Reichstags Bd.300, 728.

häufig wird das Konkurrenzverbot in einem besonders günstigen Arbeitsentgelt oder anderen Vorteilen seinen Ausgleich haben. In solchen Fällen wird die Wettbewerbsabrede nicht ohne Gegenleistung eingegangen, auch wenn der Arbeitgeber keine weiteren Leistungen erbringt und zusätzliche Besonderheiten nicht vorliegen.[1] Aber auch wenn das Wettbewerbsverbot ohne Gegenleistung eingegangen wird, bleibt die Austauschgerechtigkeit des Geschäftes Parteisache.[2] Nur zusätzliche Umstände, etwa die Qualifikationen des Wuchers, machen das Geschäft sittenwidrig.[3] Soweit die Art. 2, 12 GG eine strengere Überprüfung der Wettbewerbsklauseln bedingen, können sie nicht dazu benutzt werden, willkürlich den Grundsatz der bezahlten Karenz auf alle Arbeitnehmer auszudehnen. Diese Grundrechtsbestimmungen mögen die Tendenz haben, Beschränkungen der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit überhaupt nach Möglichkeit zu verhindern und damit die bestehenden Zulässigkeitsvoraussetzungen für Wettbewerbsverbote zu verschärfen.[4] Fehlende Karenzentschädigung für sich allein macht aber ein Wettbewerbsverbot nicht sittenwidrig.[5]

4. § 74a Abs.1 S.1 HGB: Das Erfordernis des berechtigten geschäftlichen Interesses

Nach § 74a Abs.1 S.1 HGB ist das Wettbewerbsverbot mit einem Handlungsgehilfen insoweit unverbindlich, als es nicht dem Schutze eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Prinzipals dient.

---

1) Vgl. auch § 75 b HGB, wo das Gesetz für hochbesoldete Handlungsgehilfen von der Entschädigungspflicht absieht.

2) Esser, Schuldrecht § 8, 3 c.

3) Vgl. dazu RG 150, 1(5); BGH LM Nr.1 zu § 138 Bc sowie ausführlich unten S.214.

4) Vgl. dazu unten S.123.

5) Im Ergebnis ebenso Nikisch I § 35 IV 1; Hueck-Nipperdey I § 38 II B 2 u. § 38 II C; LAG Düsseldorf AP Nr.1 zu § 133 f GewO; ArbG Stade AP Nr.7 zu § 74 HGB; BAG AP Nr.20 zu Art.12 GG.

a) Die gesetzliche Regelung

Das Interesse des Prinzipals muß zunächst ein "geschäftliches" sein. Es muß sich auf den Geschäftsbetrieb des Prinzipals beziehen und bezwecken, den Handlungsgehilfen von einer gewerblichen Betätigung in dem Handlungszweige des Unternehmers abzuhalten.[1] Betätigt sich der Prinzipal in mehreren Handelszweigen, so kann er ein Interesse daran haben, daß der Handlungsgehilfe in keiner dieser Sparten tätig wird.[2] Weiter muß es sich um e i g e n e geschäftliche Interessen des Prinzipals handeln. Dementsprechend liegt ein geschäftliches Interesse nicht mehr vor, wenn der Prinzipal sein Geschäft endgültig aufgegeben hat. Anders ist es aber bei einer Übertragung des Geschäfts, da der aus der Wettbewerbsabrede entspringende Untersagungsanspruch in der Regel auf den Erwerber übergeht.[3] Schon diese Beispiele zeigen, daß nicht alle abstrakt denkbaren, sondern nur solche konkreten Interessen des Prinzipals genügen, die seiner Geschäftsart entsprechen.[4]

Das geschäftliche Interesse muß schließlich ein "berechtigtes", d.h. ein nach allgemeiner Verkehrsanschauung schutzwürdiges sein.[5] Es kommt nicht nur auf den Zweck des Verbots, sondern auch darauf an, ob es vor der Rechtsordnung bestehen kann.[6] Die innere Berechtigung ist unter Berücksichtigung der Verfassungsgrundsätze der allgemeinen Betätigungs- und Berufsfreiheit, Art.2 und 12 GG, zu ermitteln.[7] Mithin erscheint heute mehr denn je eine

---

1) Grüll, Konkurrenzklausel S.34; Schlegelberger-Schröder 3a zu § 74a.

2) Schlegelberger-Schröder 3a zu § 74a.

3) Hueck-Nipperdey I § 38 II A 4a und Anm.26 mit weit. Nachw.; ähnlich Staub-Bondi 2 zu § 74a.

4) Düringer-Hachenburg-Hoeniger 4 zu § 74a.

5) Grüll, Konkurrenzklausel S.34.

6) Schlegelberger-Schröder 3c zu § 74a.

7) BAG AP Nr.8 zu § 133 f GewO; Würdinger in Anm. zu AP Nr.3 zu § 133 f GewO.

sorgfältige Abwägung der Belange des Unternehmers und des Gehilfen erforderlich. Die Wettbewerbsabrede muß auf Grund richtiger Bewertung einen angemessenen I n t e r e s s e n a u s g l e i c h herbeiführen.[1]

Hiernach hat man dem Unternehmer ein berechtigtes geschäftliches Interesse in zwei Gruppen von Fällen zugebilligt[2], einmal wenn das Wettbewerbsverbot eine Abwanderung eingearbeiteten Personals verhindern soll[3], zum anderen, wenn der Unternehmer auf Grund des Ausscheidens eines Gehilfen seine schutzwürdigen Belange wahren will. Schutzwürdige Belange dieser Art sind etwa Wahrung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen, Erhaltung des Lieferantenstammes und der Bezugsquellen, Erhaltung und Erweiterung des Kundenkreises, Vergrößerung des Geschäftsumfangs und der Ertragsfähigkeit.[4]

Aus alledem ergibt sich, in welchen Fällen das Verbot nicht berechtigt ist. Hierhin gehört zunächst ein Wettbewerbsverbot, das den Handlungsgehilfen beschränkt, ohne dem Arbeitgeber überhaupt einen Vorteil zu bringen; denn hier fehlt es an jedem Interesse des Unternehmers. Weiter scheidet der Schutz der privaten Interessenssphäre des Unternehmers aus.[5] Nicht schutzwürdig ist auch ein Verbot, das der Prinzipal auf eine andere Branche erstreckt.[6] In beiden Fällen hat der Unternehmer kein "geschäftliches" Interesse an der Einhaltung des Verbots. Dagegen wird es an einem "berechtigten" Interesse in der Regel fehlen,

---

1) Staub-Bondi 2 zu § 74a; Schlegelberger-Schröder 3c zu § 74a; Erman-Westermann 11 z mm zu § 138.

2) Nach Schlegelberger-Schröder 3c zu § 74a.

3) Es darf nur nicht bezwecken, den Gehilfen schlechthin an d. Stelle zu binden, Erman-Westermann 11 z mm zu § 138; vgl. auch § 74a Abs.1 S.2 HGB u. unten S. 125 ff.

4) Grüll, Konkurrenzklausel S.34.

5) Grüll, Konkurrenzklausel S.34.

6) Düringer-Hachenburg-Hoeniger 4 zu § 74a i. Anschluß an RG Bolze 13 Nr.398, 18 Nr.408.

wenn ungelernten Kräften, die leicht zu beschaffen und einzuarbeiten sind und einen Einblick in die eigentlichen Geschäftsgeheimnisse überhaupt nicht bekommen, Bindungen auferlegt werden.[1] Welche Interessen im übrigen als berechtigt anzusehen sind, wird negativ durch die Grundgedanken der Rechtsordnung bestimmt. Nicht schutzwürdig ist z.B. das bloße Interesse, frühere Angestellte als Wettbewerber auszuschalten, um dadurch eine eigene monopolartige Stellung in einem beruflichen Tätigkeitsbereich zu erhalten, der nach unserer Rechtsordnung für jeden zugänglich ist.[2] Das Wettbewerbsverbot darf auch nicht die Monopolisierung technischer Geheimnisse bezwekken. Für die ausschließliche Verwertung solcher Geheimnisse gelten nach unserer Rechtsordnung die Bestimmungen des Patent- und Gebrauchsmustergesetzes.[3]

Früher war zum Teil die Ansicht vertreten worden, für die Frage, ob ein berechtigtes Interesse vorliege, komme es auf den Zeitpunkt der Vereinbarung des Wettbewerbsverbotes an.[4] Nach heute herrschender Lehre ist das weder erforderlich noch genügend. Vielmehr muß das geschützte Interesse dann vorliegen, wenn der Arbeitgeber sich auf das Verbot beruft, also regelmäßig bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses.[5]

b) Das berechtigte geschäftliche Interesse als grundsätzliche Gültigkeitsvoraussetzung

Ein berechtigtes geschäftliches Interesse wird für Wettbewerbsverbote mit gewerblichen Angestellten und Handels-

---

1) Staub-Bondi 2 zu § 74a; Gareis, DJZ 08, 42; Schlegelberger-Schröder 3c zu § 74a; Maus Handb.V S.31 Anm.58; zu einseitig ist es, wenn Gareis n u r auf die Gefahr des Verrats v. Geschäfts- u. Betriebsgeheimnissen abstellt. Vielmehr ist grundsätzlich auch als berechtigt anerkannt das Bestreben, das eigene eingearbeitete Personal zu behalten; Schlegelberger-Schröder 3c zu § 74a. Diese, namentlich für Zeiten des Arbeitskräftemangels bedeutsame Erwägung bedingt die im Text hervorgehobenen weiteren Einschränkungen.

2) BAG AP Nr.8 zu § 133 f GewO für einen Fahrlehrer.

3) Würdinger in Anm. zu BAG AP Nr.3 zu § 133 f GewO. Staub-Bondi 3 zu § 74a; Baum, Wettbewerbsverbot S.98.

5) Schlegelberger-Schröder 3 zu § 74a; Würdinger i.

vertretern (§§ 133 f GewO, 90a HGB) nicht ausdrücklich vorausgesetzt. Eine entsprechende Beschränkung der Abschlußfreiheit kann sich für diese Arbeitnehmer, ebenso wie etwa für gewerbliche Arbeiter nur aus § 138 ergeben. Die Beurteilung, ob eine Wettbewerbsvereinbarung ohne berechtigtes Interesse sittlich-rechtlich mißbilligt wird, muß von der grundsätzlichen Bewertung des zu Grunde liegenden Sachverhalts durch die Rechtsordnung ausgehen. Es erscheint deshalb zweckmäßig, noch einmal die typische Situation beim Abschluß eines Wettbewerbsverbotes zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ins Gedächtnis zurückzurufen.

Regelmäßig steht dem Arbeitnehmer ein wirtschaftlich überlegener Arbeitgeber gegenüber. Hat der Arbeitnehmer nicht noch weitere Angebote, so ist er g e z w u n g e n , die Wettbewerbsvereinbarung einzugehen, da der Arbeitgeber ihn sonst nicht einstellen würde. Wie die Untersuchung des Kündigungsschutzgesetzes gezeigt hat, kann das bloß unsoziale Verhalten des Arbeitgebers den Vorwurf der Sittenwidrigkeit aber nicht begründen. Gegenüber dem Kündigungsschutzgesetz kommt hier hinzu, daß die Konkurrenzklausel den Arbeitnehmer oft auf Jahre bindet. Berücksichtigt man, daß heute Lebensgrundlage mehr denn je die eigene Arbeitskraft ist, so kommt der "beruflichen Chance" eine erhöhte Bedeutung zu.[1)] Entscheidend ist die allgemeine rechtliche Bewertung dieses Lebenssachverhaltes.

aa) Die Bedeutung der Art.2 Abs.1, 12 GG

An erster Stelle sind wieder die grundlegenden Artikel 2 Abs.1 und 12 GG zu nennen. Sie gewährleisten die berufliche Betätigungsfreiheit und machen deutlich, daß das Grundgesetz der beruflichen Chance im Rahmen unserer Sozialordnung eine entscheidende Bedeutung beimißt. Diese

---

RGRK-HGB 2 zu § 74a; Maus, Handb. V S.32 Anm.60; Grüll, Konkurrenzklausel S.34.

1) Meyer-Scherling, RdA 59,86; Erman-Goerke, Vorwort zum Gleichberechtigungsgesetz.

verfassungsrechtliche Grundentscheidung ist bei der Überprüfung von Wettbewerbsabreden zu berücksichtigen.[1] Andererseits ist auch das Prinzip der Vertragsfreiheit wesentlicher Bestandteil unserer Rechtsordnung. Das hat aber bereits dazu geführt, Wettbewerbsverbote überhaupt zuzulassen. Es erscheint deshalb zweifelhaft, ob die Vertragsfreiheit sich so stark auswirkt, daß die Artikel 2, 12 GG für vertragliche Vereinbarungen jede Bedeutung verlieren, also neutralisiert werden. Bei dieser Auslegung würden die Grundrechte für das Privatrecht wieder bedeutungslos.

Das Prinzip der Vertragsfreiheit ist nicht ausdrücklich unter die Grundrechte aufgenommen worden. Allerdings wird man mit der herrschenden Meinung annehmen können, daß es als Teil der allgemeinen Betätigungsfreiheit durch Art.2 Abs.1 GG gewährleistet wird.[2]

Das Verhältnis des Grundrechts der Berufsfreiheit zu dem Grundsatz der Vertragsfreiheit hat wiederholt das BAG beschäftigt. Aufgrund der Ansicht des BAG - jedenfalls der des 1.Senates[3] - über die unmittelbare Wirkung der Grundrechte im Privatrecht wurde eine genaue Abgrenzung erforderlich. Das BAG hatte zunächst immer die Auffassung vertreten, dem Grundrecht der Berufsfreiheit stehe das Grundrecht der Vertragsfreiheit gleichgeordnet gegenüber, auf das Grundrecht der Berufsfreiheit könne deshalb verzichtet werden, zumindest aber könne es vertraglich eingeschränkt werden.[4] Im Jahre 1959 stellte der 1.Senat[5]

---

1) Meyer-Scherling, RdA 59, 86.

2) Vgl. oben S. 24 Anm. 3.

3) Die Entscheidungen AP Nr.3 zu § 133 f GewO des 2.Senats und AP Nr.20 zu Art.12 GG des 5.Senats lassen nicht deutlich erkennen, von welcher Grundauffassung sie ausgehen.

4) BAG AP Nr.6 (1.Senat) und Nr.20 (5.Senat) zu Art.12 GG, Nr.3 (2.Senat) und Nr.8 (5.Senat) zu § 133 f GewO.

5) Vgl. oben S. 114 Anm. 2.

den Grundsatz auf, daß Wettbewerbsverbote mit Rücksicht auf die Art.2, 12 GG ohne Karenzvergütung grundsätzlich nicht wirksam vereinbart werden könnten. Damit wurde die Ansicht von der Abdingbarkeit des Grundrechts der Berufsfreiheit bereits sehr wesentlich eingeschränkt. In einer neueren Entscheidung[1] ist der 1.Senat des BAG noch weitergegangen und hat ausgeführt, das Grundrecht der Berufsfreiheit sei für das praktische Leben des Bürgers ganz besonders wichtig, es könne deshalb auch nicht durch Ausübung der Vertragsfreiheit eingeschränkt werden. Zulässig seien nur die in Art.12 GG selbst vorbehaltenen Beschränkungsmöglichkeiten. Das Maß der Einschränkbarkeit richte sich nach den vom BVerfG[2] für das e i n h e i t l i c h e Grundrecht der Berufsfreiheit entwickelten Differenzierungen. Da aber im privatrechtlichen Verkehr eine g e s e t z l i c h e Beschränkung nicht in Betracht komme, finde nur eine der sozialen Machtstellung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer e n t s p r e c h e n d e Anwendung dieser zur Abwehr staatlicher Eingriffe aufgestellten Grundsätze statt.

Eine Ausrichtung des für § 138 maßgeblichen Sittlichkeitsbegriffs an den Leitideen des Grundgesetzes kann das Grundrecht der Vertragsfreiheit als durch Art.2 Abs.1 GG gewährleistet nicht unberücksichtigt lassen. Die berufliche Betätigungs- und Konkurrenzfreiheit ist aber ebenfalls ein sehr wesentlicher Teil der allgemeinen Betätigungsfreiheit und deshalb auch bereits durch Art.2 Abs.1 GG gewährleistet. Darüber hinaus wird sie in Art.12 GG noch einmal ausdrücklich hervorgehoben. Es kann nun nicht entscheidend auf das verfassungsrechtliche Verhältnis beider

---

1) NJW 1962, 1981.
2) BVerfG 7, 377 (401).

Normen zueinander ankommen.[1] In jedem Fall macht die ausdrückliche Hervorhebung der Berufsfreiheit deutlich, welchen Wert der Gesetzgeber des Grundgesetzes ihr beimißt. Ihm lag offensichtlich daran, das Prinzip der Berufs- und Konkurrenzfreiheit in größtmöglichem Umfang zu sichern. Das gilt insbesondere, soweit - wie bei Wettbewerbsverboten - vornehmlich eine Beschränkung der Arbeitsplatzwahl in Betracht kommt. Das Recht der freien Wahl des Arbeitsplatzes gewährleistet auch das Recht, den gewählten Arbeitsplatz aufzugeben oder zu wechseln.[2] Im Gegensatz zur Freiheit der Berufsausübung macht Art.12 GG Einschränkungen der Freiheit der Arbeitswahl von sehr strengen Voraussetzungen abhängig.[3] Im Verhältnis Arbeitgeber - Arbeitnehmer kommt noch folgende Erwägung hinzu: Vertragsfreiheit im wirklichen Sinne des Wortes kann nur dort vorliegen, wo sich koordinierte Partner gegenüberstehen. Wo aber ein Partner aufgrund seiner wirtschaftlich-sozialen Unterlegenheit von vornherein gezwungen ist, auf die Bedingungen des anderen Partners einzugehen, kann von einer wirklichen Freiheit beim Aushandeln vertraglicher Vereinbarungen keine Rede sein.[4] Der Arbeitgeber ist dem Arbeitnehmer aber immer wirtschaftlich überlegen[5], und der Arbeitnehmer hat häufig keine echte Alternative. Gegenüber dem in den Art. 2, 12 GG gewährleisteten Grundrecht der Berufsfreiheit kommt deshalb dem Grundsatz der Vertragsfreiheit eine untergeordnete Bedeutung zu.[6]

---

1) Die wohl h.M. geht heute dahin, daß Art.12 als speziellere Norm den Art.2 Abs.1 in seinem Bereich ausschließe. A.A. v.Mangoldt-Klein III 5b zu Art.2 GG, der in Art.2 Abs.1 GG gar kein selbständiges Grundrecht sieht, sondern lediglich einen "Freiheitsrechtsleitsatz" und damit die "wichtigste Auslegungsregel" für die übrigen Grundrechte. Aber auch nach der ersten Auffassung behält Art.2 Abs.1 als "Mutterrecht" bei der Auslegung und zur Ergänzung der Spezialgrundrechte seine Bedeutung, Maunz-Dürig 71 ff. zu Art.2 Abs.1 GG.

2) V.Mangoldt-Klein III, 2 zu Art.12; Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Grundrechte III, 1 S.251; a.A. (Berufsausübung): Schnorr in Anm. zu AP Nr.7 zu Art.12 GG.

3) Vgl. S.121 Anm. 2.

4) Vgl. die entsprechenden Ausführungen bei Larenz, Schuldrecht I § 8 IV, ferner Laufke, Festschrift für Lehmann S.185.

5) Vgl. unten S. 132 Anm. 5.

Dementsprechend ist bei der Beurteilung der Sittengemäßheit von Wettbewerbsabreden ein scharfer Maßstab anzulegen.[1] Ein möglichst großes Maß beruflicher Betätigungsfreiheit muß erhalten bleiben.[2] Schon daraus könnte man folgern, daß ein Wettbewerbsverbot keinesfalls weitergehen dürfe, als es zur Wahrnehmung berechtigter geschäftlicher Interessen erforderlich ist.

bb) § 226 BGB und andere einschlägige Vorschriften

Der Gedanke, daß ein Interesse des Berechtigten Voraussetzung für das Bestehen oder die Geltendmachung eines Rechts sei, hat an mehreren Stellen der Rechtsordnung ihren Ausdruck gefunden. Dabei sei in erster Linie an § 226 erinnert. Nach dieser Vorschrift ist die Ausübung eines Rechts unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen. Die Fassung dieser Vorschrift ist eng, sie betrifft nur die Fälle, in denen g a r k e i n Interesse des Berechtigten ersichtlich ist. Der dahinter stehende Grundgedanke geht jedoch weiter. Auf dem gleichen Grundgedanken beruhen einige Vorschriften, die die Ausübung von Verbietungs- und Abwehrrechten aus dem Eigentum ausschließen, wenn der Eigentümer kein erhebliches Interesse an ihrer Ausübung hat, z.B. die §§ 905 S.2[3], 906, 910 Abs.2, 997 Abs.2. Aber auch Bestimmungen wie die §§ 320 Abs.2, 459 Abs.1 S.2, 542 Abs.2, 634 Abs.3 gehören in diesen Zusammenhang.[4] Sie schließen ebenfalls Rechte aus, wenn der Berechtigte kein wesentliches Interesse an ihrer Geltendmachung hat. Allerdings handelt es sich hier um schuldrechtliche Beziehungen, bei denen Gedanken der Zumutbarkeit und damit Erwägungen aus § 242 eine Rolle spielen.[5] Zusammen mit

---

1) Würdinger in Anm. zu AP Nr.3 zu § 133 f GewO.

2) Enneccerus-Nipperdey II § 191 III 3b; Habscheid, WuW 54, 410.

3) Vgl. dazu Erman-Westermann 3 zu § 905.

4) Enneccerus-Nipperdey I § 239 III 4.

5) Besonders deutlich: § 320 Abs.2, RG 76, 150 (153).

den anderen Vorschriften machen sie jedoch deutlich, daß die Rechtsordnung Rechte nicht um ihrer selbst willen verleiht, sondern zur Förderung anerkannter Interessen.[1]

cc) Die Entscheidungspraxis vor Erlaß der Ergänzungsnovelle

Da die §§ 74a ff. HGB erst durch das Änderungsgesetz vom 10. Juni 1914 in das HGB eingefügt worden sind, bestand vordem keine gesetzliche Vorschrift, die ein berechtigtes Interesse zur Voraussetzung einer wirksamen Wettbewerbsabrede machte. Es erscheint aufschlußreich, welche Haltung Rechtsprechung und Rechtslehre damals zu dieser Frage eingenommen haben.

Vor der Ergänzungsnovelle bildete außer den dürftigen Vorschriften der §§ 74, 75 HGB, die ungefähr der Regelung entsprachen, wie sie heute für gewerbliche Angestellte gilt, nur § 138 eine Schranke für die Konkurrenzklausel. Die drohende und zumeist unbillige Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit bewog die Gerichte, die Vereinbarungen nach Möglichkeit so auszulegen, daß gegen ihre Wirksamkeit keine Bedenken bestanden. Dabei kamen vor allem die Fälle in Betracht, in denen das Verbot über ein berechtigtes Interesse des Unternehmers hinausging.[2] Es bestand aber kein Zweifel darüber, daß die Klausel bei fehlendem geschäftlichen Interesse sittenwidrig und damit nichtig war.[3] Diese Entscheidungen beruhen auf derselben Rechtsüberzeugung wie die ausdrückliche Vorschrift der Novelle.[4]

---

1) Vgl. auch Mot.I, 274: "Die Rechte sind dazu da, die Befriedigung wirklicher Bedürfnisse und die Erreichung fördernswerter Zwecke zu ermöglichen."

2) Bolze, RG-Praxis Bd.13 Nr.396 u. 398; JW 1906,34; OLG Hamm OLGRspr. Bd.20,150 u. Braunschweig Bd.22,205.

3) Vgl. Anm.2, ferner RG 47, 238 (240); 53, 154 (156); SeuffArch Bd.61 Nr.104.

4) Gareis, DJZ 08, 42 u. 46.

Nach alledem laufen Wettbewerbsverbote, die keinem schutzwürdigen Interesse des Berechtigten dienen, grundlegenden Gedanken der Rechtsordnung zuwider und sind deshalb als anstößig anzusehen.[1)]

5. § 74a Abs.1 S.2 u. 3 HGB: Unbillige Erschwerung des Fortkommens

Nach § 74a Abs.1 S.2 HGB ist eine Wettbewerbsvereinbarung zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfe ferner unverbindlich, soweit sie unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung nach Ort, Zeit und Gegenstand eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen enthält. Auch diese Vorschrift baut auf dem Interessengegensatz zwischen Prinzipal und Gehilfe auf. Der Unternehmer hat ein Interesse daran, die Konkurrenz möglichst weitgehend auszuschalten; der Gehilfe dagegen möchte in seiner beruflichen Entwicklung nicht über Gebühr behindert werden, sondern die Möglichkeit des weiteren sozialen und wirtschaftlichen Aufstiegs behalten.[2)] Das Gesetz trägt diesem Interesse Rechnung, indem es den Angestellten vor "unbilligen" Beschränkungen schützt.

Von der Gesetzgebungskommission war ursprünglich daran gedacht, hier das Verhältnis zum berechtigten geschäftlichen Interesse des Unternehmers zu berücksichtigen. Dann wurde dieses aber selbständige Gültigkeitsvoraussetzung. Die Frage, ob eine unbillige Erschwerung vorliegt, entscheidet sich demnach allein aus dem Interesse des Gehilfen; eine Interessenabwägung kommt insoweit nicht in Betracht. Der Gehilfe ist gegen eine unbillige Erschwerung auch dann geschützt, wenn der Prinzipal an der Beschränkung ein berechtigtes Interesse hat.[3)] Für

---

1) Im Ergebnis ebenso,jedoch ohne nähere Begründung: RG 53,155 (156); 80,219 (224); 163,311 (313); JW 1909,593 WarnR 1928 Nr.7; BGH 5,126 (129); LAG Ddf.AP Nr.1 § 133 f GewO; Staudinger-Coing 18 cc zu § 138; Erman-Westermann 11 z mm zu § 138; Palandt-Danckelmann 5a bb zu § 138; Habscheid, WuW 54,409; Spitzbarth, NJW 1954,455.

2) Grüll, Konkurrenzklausel S.35.

3) Baum, Wettbewerbsverbot S.101.

die Frage, ob die Beschränkung unbillig ist, kommt allerdings der Höhe der vereinbarten Entschädigung eine erhebliche Bedeutung zu.

Die Unbilligkeit kann in einer übermäßigen Ausdehnung des örtlichen, zeitlichen oder sachlichen Geltungsbereichs des Wettbewerbsverbotes begründet sein.[1)]

a) Die gesetzliche Sondervorschrift

Der örtliche Geltungsbereich muß so abgegrenzt sein, daß dem Angestellten wenigstens noch eine gewisse berufliche Bewegungsfreiheit verbleibt.[2)] Deshalb sind Wettbewerbsverbote, die sich auf ganz Deutschland beziehen, stets besonders kritisch zu betrachten. Sie sind unbillig, wenn sie den Gehilfen zwingen, sich im Ausland seine Beschäftigung zu suchen oder seinen Beruf aufzugeben. Denn eine so weitgehende Umstellung kann von ihm nicht erwartet werden.[3)] Ganz besonders gilt das, wenn er damit rechnen muß, im Ausland weniger zu verdienen, oder wenn er die fremde Sprache nicht beherrscht.[4)] Zulässig ist in der Regel ein Wettbewerbsverbot, das dem Gehilfen nur untersagt, nach Beendigung des Dienstverhältnisses die Kundschaft des früheren Prinzipals zu besuchen.[5)] Umgekehrt sind Wettbewerbsverbote, deren örtlicher Geltungsbereich inhaltlich u n b e s t i m m t bleibt, als unzulässig anzusehen.[6)] So hat man etwa die Begrenzung auf die "von der Firma besuchten Bezirke" nicht als ausreichend ange-

---

1) Eine Überprüfung in jede dieser 3 Richtungen ist erforderlich, da das Gesetz im Gegensatz zu früher von "Ort, Zeit o d e r Gegenstand" spricht, vgl. Staub-Bondi 5 zu § 74a.

2) Grüll, Konkurrenzklausel S.36.

3) Grüll, Konkurrenzklausel S.36; Düringer-Hachenburg-Hoeniger 7 zu § 74a.

4) Staub-Bondi 5 zu § 74a.

5) OLG Frankfurt Recht 07, 1272.

6) Grüll, Konkurrenzklausel S.36; Staub-Bondi 7 zu § 74a.

sehen, da die Auswirkungen dieser Klausel für den Angestellten nicht deutlich erkennbar sind, und es einseitig in das Ermessen der Firma gestellt ist, ihre Absatzgebiete jederzeit zu erweitern und damit den örtlichen Geltungsbereich der Wettbewerbsabrede beliebig auszudehnen.[1)]

Eine örtlich unbegrenzte Konkurrenzklausel braucht aber nicht immer unzulässig zu sein. Es sind Fälle denkbar, in denen ein örtlich sehr weites Wettbewerbsverbot sachlich so eng begrenzt ist, daß dem Gehilfen die Möglichkeit zu einer Bestätigung in seinem Beruf offenbleibt.[2)] Eine Wettbewerbsabrede darf also nie einseitig beurteilt werden. Letztlich entscheiden alle Umstände des Einzelfalles über ihre Zulässigkeit. Deshalb lassen sich auch keine weiteren Richtlinien für die Unbilligkeit räumlicher Begrenzung geben. Sie müssen von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der zeitlichen und sachlichen Begrenzung ermittelt werden.

Zur zeitlichen Begrenzung bestimmt § 74a Abs.1 S.3 HGB, daß das Wettbewerbsverbot nicht auf mehr als zwei Jahre erstreckt werden könne. Länger als zwei Jahre darf das Verbot also keinesfalls gelten. Wird es für eine längere Zeit vereinbart, so wird es nach zwei Jahren unwirksam.[3)] Diese absolute zeitliche Schranke schließt jedoch nicht aus, daß im Einzelfall unter Berücksichtigung des örtlichen und gegenständlichen Geltungsbereichs auch eine zweijährige Laufzeit unbillig erscheint. In solchen Fällen kann das Gericht die Laufzeit weiter herabsetzen oder das ganze Verbot für unverbindlich erklären.[4)]

Gegenständlich darf die Wettbewerbsklausel nie so weit gefaßt sein, daß der Angestellte während ihrer Geltungs-

---

1) Buschmann, BlfStSozVersArbR 1955, 76; Staub-Bondi 5 zu § 74a.

2) Grüll, Konkurrenzklausel S.36 mit weit.Nachw.; Baum, Wettbewerbsverbot S.100.

3) RG 101,376 (379) und hier Anm.4.

4) Würdinger in RGRK-HGB 5 zu § 74a; Schlegelberger-Schröder 4 zu § 74a; Grüll, Konkurrenzklausel S.37.

dauer seine ganze Vorbildung nicht verwerten kann.[1] Im einzelnen kommen Beschränkungen der gewerblichen Tätigkeit hinsichtlich bestimmter Handelszweige oder einzelner Erzeugnisse oder schließlich der Art der künftigen Tätigkeit, etwa als Reisender oder als Vertreter in der Branche tätig zu werden, vor.[2] In allen diesen Fällen kann eine zu weite Fassung zur Unverbindlichkeit führen. Häufig ergibt sich die richtige Begrenzung schon aus dem schutzwürdigen Interesse des Unternehmers. Es können z.B. die Belange des Unternehmers hinreichend gewahrt sein, wenn die Klausel, statt die gesamte Elektroindustrie einzubeziehen, auf die Fernmeldetechnik beschränkt wird.[3]

Für die Frage, ob eine unbillige Beschränkung des Fortkommens vorliegt, ist auch die Höhe der gewährten Entschädigung in Betracht zu ziehen.

Bei fehlendem berechtigten Interesse und unbilliger Fortkommensbeschwer ist das Verbot nicht nichtig, sondern nur i n s o w e i t unverbindlich, als es über das berechtigte Interesse des Prinzipals hinausgeht oder den Gehilfen unbillig beschwert.[4]

b) Die grundsätzliche Bedeutung

Es liegt nahe, in den beiden Gesetzesstellen, § 74a Abs.1 S.2 HGB und dem insoweit gleichlautenden § 133 f Abs.1 GewO, den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens zu sehen, der entsprechend auch für Wettbewerbsabreden mit anderen Arbeitnehmern gelte. Im vorigen Abschnitt wurde eine Wettbewerbsabrede, die keinem berechtigten geschäftlichen Interesse des Arbeit g e b e r s dient, als anstößig bezeichnet. Hier ist für § 138 entscheidend, ob unsere Rechtsordnung von dem wirtschaftlich überlegenen

---

1) Grüll, Konkurrenzklausel S.37.

2) Düringer-Hachenburg-Hoeniger 8 zu § 74a.

3) Grüll, Konkurrenzklausel S.37.

4) Vgl. dazu oben S. 113 und Schlegelberger-Schröder 2 zu § 74a; Würdinger in RGRK-HGB Vorm. zu § 74a.

Arbeitgeber bei der Vereinbarung von Wettbewerbsverboten Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers verlangt oder ob es ihr gleichgültig ist, wenn der Arbeitnehmer in seinem Fortkommen übermäßig beschränkt wird.

Schon der alte § 74 HGB bestimmte, daß ein Wettbewerbsverbot nicht zu einer unbilligen Erschwerung des Fortkommens führen dürfe. Allerdings wurden dort als Kriterien für das Ausmaß der Beschränkung Zeit, Ort und Gegenstand genannt, doch bedeutet das im wesentlichen nichts anderes gegenüber der heutigen Regelung. Denn einmal besteht auch heute Einigkeit darüber, daß letztlich die Gesamtumstände des Einzelfalles über die Verbindlichkeit des Verbotes entscheiden, zum anderen war auch unter der Geltung des alten § 74 anerkannt, daß nicht in jeder der drei Richtungen ein Verstoß vorliegen mußte, um das Verbot unverbindlich zu machen.[1] Auch berücksichtigte man früher bereits eine Karenzentschädigung, wenn diese gezahlt wurde.[2]

Das Verbot unbilliger Erschwerung hat immer im Mittelpunkt aller Bestrebungen gestanden, die sich auf eine Beschränkung von Wettbewerbsvereinbarungen richteten. Es war bereits in den Vorentwürfen zum HGB[3] enthalten, und war auch unbestrittener Bestandteil aller Reformvorschläge der §§ 74 f HGB[4] und damit der Kern jener Vorschriften, deren Zweck es war, den Handlungsgehilfen vor der mit jedem "Gerechtigkeits- und Sittlichkeitsgefühl" unvereinbaren Beschränkung seiner gewerblichen Betätigungsfreiheit zu schützen.[5]

Eine Betrachtung vergleichbarer Interessenbewertungen auf anderen Rechtsgebieten mag zeigen, ob es sich hier nur um

---

1) Staub-Stranz (8.Aufl.) 4a zu § 74; Baum, Wettbewerbsverbot S.100.

2) Staub-Stranz (8.Aufl.) 4a zu § 74; Baum, Wettbewerbsverbot S.100.

3) § 67 Abs.1 d. Entw. eines HGB, veröffentl. 1897, abgedruckt bei Baum, Wettbewerbsverbot S.18; § 73 Abs.1 der Reichstagsvorlage, abgedruckt bei Baum, Wettbewerbsverbot S.22.

4) Dargestellt bei Baum, Wettbewerbsverbot S.36 ff.

5) Staub-Stranz (8.Aufl.) 16 zu § 74.

eine soziale Schutzvorschrift für die Wettbewerbsabreden mit bestimmten Arbeitnehmern handelt, oder ob die übermäßige Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit allgemein als Verstoß gegen die Rechtsmoral anzusehen ist. Dabei sei zunächst auf § 310 verwiesen.

aa) Der Schutz der wirtschaftlichen Unabhängigkeit nach § 310 BGB

Nach § 310 ist ein Vertrag nichtig, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil davon zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten. Die Vorschrift beruht auf dem Gedanken, daß niemand sich seiner Erwerbsfähigkeit begeben kann. Eine so weitgehende Bindung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit, die zudem im Gefolge hätte, daß der Verpflichtete "allen Antrieb zum Erwerbe" verlöre, kann die Rechtsordnung nicht zulassen.[1] Eine Verpflichtung zur Übertragung künftigen Vermögens käme praktisch einem Verzicht auf die Vermögensfähigkeit gleich, die Vermögensfähigkeit aber stellt einen Teil der Rechtsfähigkeit dar, ihre Aufgabe ist deshalb mit dem s i t t l i c h e n W e s e n der Persönlichkeit unvereinbar.[2] Es sind also letztlich ethische Gesichtspunkte, die der Vorschrift zu Grunde liegen. Nach ähnlichen Grundsätzen richtet sich die Bewertung der sogenannten Knebelungsverträge.

bb) Die Bewertung der Knebelungsverträge

Von Knebelungsverträgen spricht man, wenn ein Vertragsteil so stark in seiner wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit beschränkt wird, daß die Rechtsordnung es nicht zulassen darf.[3] Ausgangspunkt bleibt allerdings die Erwägung, daß jeder Vertragsschluß zu einer Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit führt.[4] Sittenwidrigkeit ist

1) Motive II 186; Siebert-Schmidt 1 zu § 310.

2) Larenz, Schuldrecht I § 5 II b.

3) Siebert-Hefermehl 47 zu § 138; Hedemann, Reichsgericht S.75.

4) Enneccerus-Nipperdey II § 191 III 3 b.

dann gegeben, wenn die Beschränkung so weit geht, daß der Betroffene seine wirtschaftliche Selbständigkeit ganz oder fast ganz verliert.[1] Das RG hat solche Fälle mit einer rechtlich nicht möglichen Selbstentmündigung verglichen[2], als tatsächliche Schuldknechtschaft gekennzeichnet[3], es hat bemängelt, daß der Schuldner "auf Jahre hinaus lahmgelegt wird und in eine nicht zu rechtfertigende Abhängigkeit von dem anderen Teile" gerate[4], oder "daß die Beklagte zum willenlosen Werkzeug der Klägerin erniedrigt" worden sei.[5][6]

Wichtig ist, daß alle diese Verträge eine gemeinsame Basis haben, nämlich die wirtschaftliche Überlegenheit des Berechtigten, die diesem die Knechtung des Verpflichteten erst ermöglicht. Sie legt den Vergleich mit der wirtschaftlichen Überlegenheit des Unternehmers gegenüber dem Handlungsgehilfen bei der Vereinbarung von Wettbewerbsverboten nahe.[7] Im einzelnen hat das RG vor allem drei Fallgruppen herausgearbeitet: Die Zerstörung der Organisation einer juristischen Person (Gesellschaftsorganisation), die unbillige wirtschaftliche Fesselung des Einzelnen auf unübersehbare Zeit und die Schädigung von Dritten, insbesondere Gläubigern.[8] Von diesen drei Fallgruppen ist die zweite zu einem Vergleich mit den Interessengegensätzen bei der Vereinbarung von Wettbewerbsverboten mit Handlungsgehilfen geeignet.

---

1) Siebert-Hefermehl 47 zu § 138; Bauer-Mengelberg, Knebelungsverträge S.31 u. 37.

2) RG 3, 122 (132); 82, 308 (317).

3) RG 85, 343 (345).

4) RG 97, 253 (255).

5) RG 82, 313.

6) Vgl. zu dieser Zusammenstellung Hedemann, Reichsgericht S.78.

7) Enneccerus-Nipperdey II § 191 III 3b.

8) Hedemann, Reichsgericht S.76.

Die Bindung des Vertragspartners auf lange Dauer spielt vor allem bei den Bezugsverträgen eine große Rolle. Unter Bezugsverträgen versteht man Verträge, die den Gebundenen verpflichten, bestimmte Waren oder sonstige Stoffe ausschließlich von dem andern Teil zu beziehen.[1] Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang den sogenannten Bierlieferungsverträgen zu. Diese Verträge werden zwischen den Brauereien und den Gastwirten abgeschlossen. Sie begründen zunächst die Lieferungspflicht der Brauerei und die Abnahmepflicht des Wirtes. In dieser reinen Form kommt der Bierlieferungsvertrag aber praktisch nicht vor.[2] Die häufigsten Nebenabreden sind die Darlehnsgewährung durch die Brauerei und die Verpflichtung des Gastwirts, das Darlehen zurückzuerstatten und das Bier nur von der vertragschließenden Brauerei zu beziehen.[3] Wirtschaftlich ist zunächst zu berücksichtigen, daß der Abschluß solcher Verträge für die Wirte Vorteile mit sich bringt. Durch die Kreditgewährung oder andere wirtschaftliche Unterstützung der Brauerei wird manch einem erst die Eröffnung der Gastwirtschaft ermöglicht. Es geht deshalb nicht an, daß sich ein Wirt später, wenn er die Hilfe seiner Brauerei nicht mehr benötigt, die übernommenen Verpflichtungen schlechthin als sittenwidrig abtun kann.[4] Auch ist ein berechtigtes Interesse der Brauereien an einer Sicherung ihres Absatzes anzuerkennen. Die Rechtsprechung hat solche Verträge deshalb nicht grundsätzlich für unzulässig erklärt. Demgegenüber steht jedoch die wirtschaftliche Überlegenheit der Brauerei und die Gefahr des Mißbrauchs dieser Machtstellung.[5] Nament-

---

1) Hedemann, Reichsgericht S.80.

2) Künstler, Bierlieferungsvertrag S.8.

3) Staudinger-Coing 18 ff. zu § 138; über andere häufige Nebenabreden vgl. Künstler, Bierlieferungsvertrag S.8.

4) Grundlegend zum ganzen Problem RG 63, 390 (391 ff.).

5) Zur grundsätzlichen Zulässigkeit RG 63,390. Weitere Angaben bei Künstler, Bierlieferungsvertrag S.85. Den Ausführungen v. Künstler (S.89), die darauf hinauslaufen, infolge der gesteigerten Konkurrenz unter den Brauereien den Wirt als wirtschaftlich gleichwertigen Vertragspartner zu betrachten, kann in diesem Umfang nicht gefolgt werden. Eine solche Ansicht ist ebenso unrichtig wie die Behaupt[illegible] infolge der augenblicklich ge-

lich eine lange zeitliche Bindung, womöglich auf Jahrzehnte, kann dem Wirt mit der Möglichkeit, sich der Entwicklung der Marktlage anzupassen, jede wirtschaftliche Selbständigkeit nehmen. Er wird praktisch zu einer abhängigen Außenstelle der Brauerei, ohne daß diese mit Absatzrisiko belastet wäre.[1] Deshalb können nicht alle Bierbezugsverträge als gültig bezeichnet werden. Auch aus den §§ 8 und 10 GewO[2], die u.a. die Neubegründung der Zwangsrechte für Brauereien verbieten, läßt sich der allgemeine Rechtsgedanke entnehmen, daß allzu drückende und zeitlich übermäßig ausgedehnte Bierabnahmeverpflichtungen von der Rechtsordnung nicht gebilligt werden.[3] Allerdings hat die Rechtsprechung die Verbindung einzelner typischer Klauseln wie Abnahmepflicht, Ausschließlichkeits- und Übergabeklausel, nicht grundsätzlich für unzulässig erklärt, wenn die Brauerei eine Gegenleistung, etwa ein Darlehen, gewährte.[4] Umgekehrt erscheint die Bindung des Wirtes nicht lediglich deshalb als unzulässig, weil die Brauerei gar keine besondere Gegenleistung erbringt.[5] Schließlich macht eine bloße lange Zeitdauer den Vertrag nicht sittenwidrig. Die Bindung darf sich nur nicht auf u n a n g e m e s s e n lange Zeit erstrecken.[6] Nach alledem läßt sich die Sittenwidrigkeit nur aus den besonderen Umständen des Einzelfalles herleiten[7]. Sittenwidrig

---

spannten Lage auf dem Arbeitsmarkt sei in Wirklichkeit nicht mehr der Arbeitgeber, sondern der Arbeitnehmer der wirtschaftlich überlegene Partner. Im Verhältnis zum e i n z e l n e n Wirt bzw. Arbeitnehmer sind die Unternehmer überlegen.

1) Staudinger-Coing 18 ff. zu § 138.

2) Eine d i r e k t e Anwendung auf schuldrechtliche Verträge ohne dingliche Sicherung ist nicht möglich, Landmann-Rohmer 4 zu § 10; Rohlfing-Kiskalt-Wolff 1 zu § 10.

3) RG 63, 333 (336).

4) Nachweise bei Staudinger-Coing 18 ff. zu § 138.

5) OLG Stuttgart, Recht 1916, Beil. Nr. 1252; Landmann-Rohmer 4 zu § 10.

6) RG 152, 251 (261).

7) RG 63, 393; 67, 101 (102); 152, 253; Künstler, Bierlieferungsvertrag S.87/88.

ist der Vertrag dann, wenn aufgrund der "Gesamtumstände der Vertragschließung und Vertragswirkung" die Bindung "eine übermäßige Härte für den Wirt" und eine "drückende Beschränkung" bedeutet.[1] Bauer-Mengelberg[2] hat sich um eine Präzisierung dieser Gesichtspunkte bemüht und drei Kriterien für einen Knebelungsvertrag herausgearbeitet: Der Vertrag muß "Wirkungen auf das Zentrum der persönlichen oder wirtschaftlichen Existenz" haben, er muß auf eine verhältnismäßig "lange Zeitdauer" eingegangen und aufgrund der "besonderen Umstände" des einzelnen Falles u n z u m u t b a r sein.

Das Verwerfliche liegt in dem Mißbrauch der wirtschaftlichen Machtstellung, der zur Knechtung des Schwächeren führt. Es liegt hier mehr vor als ein nur unsoziales Verhalten. Es handelt sich nicht nur um eine einmalige Überbewertung der eigenen Interessen, wie sie auch bei unsozialen Kündigungen vorliegt, sondern es wird gleichzeitig der Schwächere für längere Zeit gelähmt. Hinzukommt auch hier die grundsätzliche Wertung der Artikel 2, 12 GG, die eine übermäßige Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit verbieten. Derartige Wettbewerbsabreden sind deshalb als anstößig und sittenwidrig anzusehen.[3]

Neben der existenziellen Bedrohung ist es vor allem die Dauerwirkung, die den wesentlichen Unterschied zu den Fällen bloßer Störung der vertraglichen Austauschgerechtigkeit begründet. So wird es auch verständlich, weshalb die Rechtsprechung bei der Beurteilung der Gültigkeit von Bierabnahmeverträgen auf die vereinbarte Zeitdauer so großen und häufig entscheidenden Wert legt.[4]

---

1) RG 67, 102; JW 1927, 119; RG 152, 253. Nach Staudinger-Coing 18 ff zu § 138 ist diese Rechtsprechung zu eng.

2) Knebelungsverträge S.37, ähnlich RG 128, 251 (257).

3) RG JW 1907, 494 und DR 42, 1226 (1227) für selbständige Gewerbetreibende.

4) Hedemann, Reichsgericht S.81 mit Nachw.

cc) Die Bedeutung der Zeitdauer

Die Bedeutung der zeitlichen Begrenzung wird für Wettbewerbsvereinbarungen mit Handlungsgehilfen nachdrücklich durch die absolute Grenze von zwei Jahren in § 74a Abs.1 S.3 HGB hervorgehoben. Zweifelhaft kann sein, ob dieser Vorschrift ein allgemeiner Rechtsgedanke zugrunde liegt, so daß man sagen könnte, der Gesetzgeber mißbillige alle Beschränkungen der gewerblichen Betätigungsfreiheit, die über eine Dauer von zwei Jahren hinausgehen. Schon aus den vorstehenden Erörterungen über den Bierlieferungsvertrag ergibt sich, daß der Bestimmung eine so weite Bedeutung nicht zukommen kann; denn man hat ja selbst Verträge, die eine Bierabnahmepflicht über 20 Jahre vorsahen, als gültig angesehen. Es bleibt also nur zu klären, ob das Gesetz die Überschreitung der Zweijahresgrenze bei Wettbewerbsverboten mißbilligt.

Eine absolute zeitliche Begrenzung enthält auch § 90a Abs.1 S.2 HGB für Wettbewerbsvereinbarungen mit Handelsvertretern. Doch wird man aus dieser Vorschrift wegen der Ähnlichkeit der Verhältnisse bei Handlungsgehilfen und Handelsvertretern keine allgemeinen Folgerungen ziehen können. Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß die Gewerbeordnung für technische Angestellte eine solche Vorschrift nicht kennt, sondern gar keine absolute Grenze gezogen hat. Auch das Handelsgesetzbuch hat die Zweijahresfrist nicht immer gekannt. Sie wurde erst durch die Ergänzungsnovelle eingeführt. Vorher galt eine Begrenzung auf drei Jahre.[1] Angesichts dieser uneinheitlichen Rechtsentwicklung läßt sich kaum sagen, daß eine allgemeine Begrenzung der Wettbewerbsklausel auf zwei Jahre im Sinne des Gesetzes liege. Mit technischen Angestellten z.B. wird ein

---

1) Auch das Schweiz.OR hat in seine sehr ausführliche Regelung der Konkurrenzklausel (Art.356 ff.) keine absolute zeitliche Beschränkung aufgenommen. Das österr. HGG von 1910 kennt ebenfalls keine zeitliche Höchstgrenze.

Wettbewerbsverbot hauptsächlich zum Schutz gegen den Verrat von Industrie- und Fabrikgeheimnissen vereinbart. Anders als bei Handlungsgehilfen, wo zumeist die Gründung eines Konkurrenzgeschäfts verhindert werden soll, erscheint bei technischen Angestellten eine absolute zeitliche Beschränkung von zwei Jahren unangebracht.[1] Die kurze zeitliche Begrenzung war auch ein wesentliches Hindernis für die gesetzliche Ausdehnung der in den §§ 74 ff. HGB enthaltenen Vorschriften auf technische Angestellte.[2] Auch heute noch verbietet die Erwägung, daß technische Kenntnisse und Erfahrungen sich trotz fortschreitender technischer Entwicklung innerhalb von zwei Jahren regelmäßig nicht überholen[3], eine analoge Anwendung der Zweijahresgrenze auf technische Angestellte. Aus diesen Gründen wird auch von denen, die eine Vereinheitlichung des Rechts der Konkurrenzklausel verlangen, die Ausdehnung dieser Vorschrift auf Konkurrenzklauseln mit anderen Arbeitnehmern nicht verlangt.[4] Es handelt sich also um eine typische soziale Schutzbestimmung.

Trotzdem ist § 74a Abs.1 S.3 für Wettbewerbsverbote mit anderen Arbeitnehmern als Handlungsgehilfen nicht gleichgültig. Aus dieser Vorschrift, aus den Grundsätzen über die Bewertung der Bezugsverträge und aus den Artikeln 2, 12 GG ergibt sich vielmehr, welche Bedeutung das Gesetz der zeitlichen Begrenzung bei einer Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beimißt. Das mag der Rechtsprechung dazu dienen, Wettbewerbsverbote für mehr als zwei Jahre ganz besonders kritisch auf ihre Vereinbarkeit mit § 138 zu überprüfen.[5]

---

1) Landmann-Rohmer 2 zu § 133 f.

2) Baum, Wettbewerbsverbot S.190.

3) Rohlfing-Kiskalt-Wolff 4a zu § 133 f.

4) Volkmar Günther, NJW 1960,948. Auch die Entwürfe über ein Arbeitsvertragsgesetz von 1923 und 1938 setzten für Techniker die Höchstdauer des Wettbewerbsverbots auf 5 Jahre fest, vgl. Hueck-Nipperdey I § 38 Anm.49.

5) Baum, Wettbewerbsverbot S.189.

6. § 74a Abs.2 S.1 HGB: Wettbewerbsabrede mit gering Besoldeten

a) Die Sonderregelung

Nach § 74a Abs.2 S.1 HGB ist ein Wettbewerbsverbot nichtig, wenn die dem Handlungsgehilfen zustehenden jährlichen vertragsmäßigen Leistungen den Betrag von 1500 Mark nicht übersteigen. Diese Grenze gilt allerdings heute nicht mehr. Nach § 2 der Zweiten Verordnung zur Neuregelung der im Handelsgesetzbuch sowie in der Gewerbeordnung vorgesehenen Gehaltsgrenzen vom 23.10.1923 gilt sie nur noch als Grundzahl, die mit der jeweiligen Teuerungszahl zu vervielfältigen ist. Als Teuerungszahl war die Reichsindexziffer für die Lebenshaltungskosten vorgesehen. Eine solche Reichsindexziffer wird heute nicht mehr festgestellt, an ihrer Stelle veröffentlicht das Statistische Bundesamt Preisindexzahlen für die Lebenshaltung, die die heutigen Preise zu denen von 1938 in Beziehung setzen. Deshalb hilft man sich heute damit, die 1500 zunächst mit der Indexzahl von 1938 (125,6) und dann nochmals mit der zuletzt veröffentlichten Indexzahl zu vervielfältigen.[1] Ganz korrekt ist die Berechnung nicht, da der heutige Index etwas andere Grundlagen hat als der vor dem Kriege veröffentlichte.[2]

Bei dem festgestellten Lohn muß es sich um v e r t r a g s m ä ß i g e Leistungen handeln. Bloß freiwillige Zuwendungen reichen ebensowenig aus wie etwa ein Schadensersatzanspruch gegen den Prinzipal.[3] Maßgebend ist der Zeitpunkt, in dem die Vereinbarung getroffen wird. Erreicht das Entgelt zu dieser Zeit den Mindestbetrag nicht, so

---

1) Schlegelberger-Schröder 2 zu § 68; Hueck-Nipperdey I § 38 Anm.13.

2) Baumbach-Duden 2 B zu § 67 HGB.

3) Altmeppen, Konkurrenzklausel S.93.

ist die Vereinbarung nichtig, und ein späteres Ansteigen kann die Nichtigkeit nicht heilen, sondern es muß eine neue Vereinbarung in den Formen des § 74 getroffen werden.[1] Andererseits w i r d das Verbot nichtig, wenn die Vergütung unter den Mindestbetrag herabsinkt.[2]

b) Die allgemeinen Grundlagen der Mindestgehaltsklausel

Die Frage nach der allgemeinen Bedeutung der Mindestgehaltsklausel hat davon auszugehen, daß die §§ 133 f GewO, 90a HGB keine entsprechenden Bestimmungen enthalten. Auch im alten § 74 HGB fehlt die Mindestgehaltsgrenze.

aa) Die Vorgeschichte der Mindestgehaltsklausel

Der Gedanke, eine Mindestgehaltsgrenze für Konkurrenzklauseln aufzustellen, taucht in der Vorgeschichte zum HGB auf. Die Interessenvertretungen der Handlungsgehilfen hatten ursprünglich ein generelles Verbot der Konkurrenzklausel gefordert.[3] Als sie damit jedoch nicht durchkamen, beantragten sie die Aufnahme einer Mindestgehaltsgrenze von 3000 Mark jährlich in die Reichstagsvorlage. Bei der Begründung ging man davon aus, daß Wettbewerbsverbote nur mit "Vertrauenspersonen" vereinbart würden, die mit den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bekannt seien. Solche Leute müßten aber besser bezahlt werden und nur Besserbezahlten sollte eine Konkurrenzklausel auferlegt werden.[4] Hinter diesen Ausführungen verbarg sich der Gedanke, daß bei geringer bezahlten Handlungsgehilfen ein b e r e c h t i g t e s I n t e r e s s e an einem Wettbewerbsverbot fehle, da sie mit den Geschäfts- und Be-

---

1) Würdinger in RGRK-HGB 6 zu § 74a; Schlegelberger-Schröder 6 zu § 74.

2) Hueck-Nipperdey I § 38 Anm.14.

3) Vgl. dazu auch Koslowski, Konkurrenzklausel S.89.

4) In diesem Sinne die Abgeordneten v.Buchka u. Bassermann, Verhandlungen des Reichstags, Bd.148, 4569 u. 4584.

triebsgeheimnissen doch nicht so vertraut seien. Aber es dürfte noch ein anderer Gesichtspunkt mitspielen, der bei dem Verlangen nach gänzlicher Beseitigung der Konkurrenzklausel bereits angeführt worden war, nämlich die Erwägung der "Wucherbekämpfung". Es liegt auf der Hand, daß die Gefahr des Wuchers bei gering Bezahlten besonders groß ist.

In der Vorgeschichte der Novelle von 1914 spielte die Mindestgehaltsgrenze eine erhebliche Rolle. Der Deutsch-Nationale Handlungsgehilfenverband setzte sich bereits 1907 für die Reform ein. Veranlaßt wurden diese Bestrebungen durch den Mißbrauch, der weitgehend mit der Konkurrenzklausel getrieben wurde. Die großen Unternehmen gingen immer mehr dazu über, ganz allgemein mit allen Handlungsgehilfen Wettbewerbsverbote zu vereinbaren. Diese Praxis war vor allem deshalb bedenklich, weil die Konkurrenzklauseln zumeist schon in den vorgedruckten Formularen für den Arbeitsvertrag enthalten waren und vom Gehilfen mit unterschrieben werden mußten, wollte er nicht Gefahr laufen, überhaupt keine Stellung zu finden.[1] Unter diesen Umständen wurden auch mit schlecht bezahlten Kräften, die von den eigentlichen Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen gar keine Kenntnis hatten, Konkurrenzklauseln vereinbart und ohne Berücksichtigung ihrer Interessen dazu benutzt, den Geschäftskonkurrenten vom Arbeitsmarkt abzusperren.[2] Es kann deshalb nicht verwundern, wenn erneut die Forderung nach gänzlicher Abschaffung der Konkurrenzklausel laut wurde. Da jedoch wenig Aussicht bestand, mit dieser radikalen Forderung durchzudringen, verlangte man in der folgenden Zeit wenigstens eine Mindestgehaltsgrenze von 5000 Mark.[3] Bezeichnend für den Mißbrauch, der zu jener Zeit mit der Konkurrenzklausel

---

1) Vgl. hierzu wie zur ganzen Vorgeschichte der Novelle, Altmeppen, Konkurrenzklausel S.33 und S.35 ff.

2) Altmeppen, Konkurrenzklausel S.33.

3) Beschluß d. Hauptversammlung Kaufm. Vereine v. 27.5. 1907, vgl. Altmeppen, Konkurrenzklausel S.35.

getrieben wurde, ist, daß sich selbst die Kaufmannsgerichte genötigt sahen, die Gesetzesinitiative zu ergreifen. Gemäß § 18 des Gesetzes betreffend die Kaufmannsgerichte stand ihnen das Recht zu, Anträge an gesetzgebende Körperschaften über Fragen der kaufmännischen Dienst- und Lehrverhältnisse zu stellen. Von diesem Recht machten mehrere Kaufmannsgerichte Gebrauch und beantragten u.a., in den § 74 eine Mindestgehaltsgrenze von 3000 Mark aufzunehmen. Auch in den Reichstagsdebatten und in den Kommissionsberatungen wurde immer wieder eine Mindestgehaltsgrenze - sei es von 5000 oder 3000 Mark - gefordert.[1] Obwohl auch in den Gesetzgebungskommissionen wiederholt die Forderung nach einer höheren Festsetzung der Mindestgehaltsklausel erhoben wurde, gelangte nur eine Begrenzung auf 1500 Mark in das Gesetz, weil sich die Regierung einer Erhöhung widersetzte.[2]

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die Einführung der Mindestgehaltsgrenze der aus s o z i a l p o l i t i s c h e n Erwägungen erhobenen Forderung nach gänzlichem Verbot der Wettbewerbsabreden nur in sehr geringem Umfang entsprochen hat.[3] Der bescheidene Erfolg dieser Bestrebungen beruht auf der a l l g e m e i n e r e n Ansicht - insbesondere der beiden Reichstagskommissionen - daß man die schlecht bezahlten Angestellten nicht noch mit der "Fessel der Konkurrenzklausel" belasten dürfe.[4]

Diese Ansicht gründet sich wieder auf zwei Erwägungen, einmal das Fehlen eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Prinzipals bei diesen schlecht bezahlten Angestellten, zum anderen auf den Gedanken der Wucherbekämpfung. Es ist als Wucher anzusehen, "wenn sich der Unter-

---

1) Verhandlung. des Reichstags Bd.303 S.2822.
2) Verhandlung. des Reichstags Bd.303 S.2852.
3) Vgl. Altmeppen S.66.
4) Düringer-Hachenburg-Hoeniger 10 zu § 74a.

nehmer unter Ausbeutung der Notlage des Handlungsgehilfen nach den Anschauungen der beteiligten Wirtschaftskreise besonders weitgehende Wettbewerbsbeschränkungen hat versprechen lassen, ohne andererseits dem Handlungsgehilfen während der Dienstzeit ein entsprechendes Gehalt und während der Zeit der Beschränkung eine entsprechende Vergütung auszuzahlen."[1)]

Beachtenswert ist aber auch, daß die Gehaltsgrenze am Ende viel niedriger ausfiel, als es viele Kaufmannsgerichte beantragt und die Mehrheit des Parlaments zunächst vorgesehen hatten. Ja wenn man bedenkt, daß heute ein durchschnittliches Monatsgehalt von 276,- DM[2)] ausreichen kann, um ein umfangreiches Wettbewerbsverbot zu vereinbaren, und hinzunimmt, daß eine Karenzentschädigung nicht allgemeine Gültigkeitsvoraussetzung ist, so läßt sich in der Bestimmung der Mindestgehaltsgrenze auch der Gedanke finden, die Existenz derjenigen Angestellten, deren Verdienst kaum zur Befriedigung des Lebensunterhalts ausreicht, nicht noch durch zusätzliche Behinderungen zu gefährden.[3)] Es entspricht aber allgemeiner Ansicht, daß Rechtsgeschäfte und insbesondere Wettbewerbsabreden, die dem Verpflichteten die Möglichkeit der Existenzsicherung nehmen, sittenwidrig sind.[4)] Die dem Arbeitnehmer verbleibende Alternative, seine Stellung auf die Dauer beizubehalten, läuft auf eine unzulässige Knebelung hinaus.[5)] Wettbewerbsvereinbarungen mit schlecht bezahlten Gehilfen sind deshalb nicht nur hart und unsozial, sondern sie sind in der Regel auch sittlich zu mißbilligen.[6)]

---

1) Schlegelberger-Schröder 10 zu § 74a.

2) Nach dem Stand von 1956, vgl. Grüll, Konkurrenzklausel S.27 Anm.33.

3) Düringer-Hachenburg-Hoeniger 10 zu § 74a.

4) Erman-Westermann 11 z mm zu § 138; vgl. unten S.215.

5) Erman-Westermann 11 z mm zu § 138.

6) Zu dieser Gegenüberstellung vgl. RG 90, 181 (182).

bb) Geringe Besoldung als Indiz für eine sittenwidrige Konkurrenzklausel

Allerdings wird man hier nicht schlechthin immer Sittenwidrigkeit annehmen dürfen. Denn es sind Fälle denkbar, in denen Verbote für schlecht bezahlte Arbeitnehmer auf Grund besonderer Umstände nicht als anstößig erscheinen, z.B. wenn der Unternehmer eine verhältnismäßig hohe Karenzentschädigung zahlt, oder die Beschränkungen in einzelnen Beziehungen so geringfügig sind, daß eine ernsthafte Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Verpflichteten nicht zu befürchten ist. Auch in diesen Fällen aber muß mit besonderer Sorgfalt geprüft werden, ob das Verbot einem berechtigten geschäftlichen Interesse des Unternehmers entspricht. Der Unterschied zum Recht der Handlungsgehilfen liegt also darin, daß ein Wettbewerbsverbot mit diesen schlechthin nichtig ist, wenn ihr Lohn die Mindestgrenze nicht überschreitet, während bei anderen Arbeitnehmern in gleichen Fällen nur eine V e r m u t u n g [1] für die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung spricht. Daraus folgt zugleich, daß bei so schlechter Bezahlung nur b e s o n d e r e Gründe ein Wettbewerbsverbot rechtfertigen können.[2] Mithin läßt sich der Grundsatz aufstellen, daß ein Wettbewerbsverbot umso eher unzulässig ist, je geringer der vom Arbeitnehmer verdiente Lohn ist.[3]

7. § 74a Abs.2 S.2 HGB 1.Alt.: Wettbewerbsabrede mit Minderjährigen

a) Die Sondervorschrift

Nach § 74a Abs.2 S.2 HGB 1.Alt. sind Wettbewerbsabreden mit minderjährigen Handlungsgehilfen nichtig. Die Nichtig-

1) Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß bei späterer Unterschreitung der Mindestgehaltsgrenze nicht automatisch Nichtigkeit eintritt.

2) Im Ergebnis ebenso Hueck-Nipperdey I § 38 Anm.57.

3) Hueck-Nipperdey I § 38 II C.

keit tritt ohne Rücksicht auf eine Mitwirkung oder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ein[1]; auch wenn der Minderjährige nach § 113 BGB zum Diensteintritt von seinem gesetzlichen Vertreter ermächtigt ist, kann der Prinzipal kein Wettbewerbsverbot mit ihm vereinbaren.[2] Nicht einmal die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts schließt die Nichtigkeitsfolge aus.[3] Die Vereinbarung wird nicht dadurch wirksam, daß der Minderjährige später volljährig wird. Erforderlich ist vielmehr eine nach § 74 HGB formgerechte Bestätigung, § 141 BGB.[4] Gültig ist aber die Abrede mit einem für volljährig Erklärten, da dieser nach § 3 Abs.2 die rechtliche Stellung eines Volljährigen hat.[5] Es ist nicht möglich, die strenge Vorschrift dadurch zu umgehen, daß der gesetzliche Vertreter sich anstelle des Minderjährigen verpflichtet, und so ein moralischer Zwang zur Einhaltung des Verbotes auf den Minderjährigen ausgeübt wird. Denn eine solche Vereinbarung würde gegen § 74a Abs.2 S.3 HGB verstoßen. - Nicht unter die Bestimmung fallen die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten; denn § 114 stellt sie nur hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit, nicht aber im übrigen den Minderjährigen gleich.[6]

b) Die allgemeine rechtliche Bewertung der Minderjährigkeit

Schon im alten § 74 Abs.3 HGB war für Wettbewerbsabreden mit Minderjährigen die Nichtigkeit vorgesehen. Die gleiche Rechtsfolge haben derartige Vereinbarungen mit minderjährigen technischen Angestellten, § 133 f Abs.2 GewO. Es

---

1) Würdinger in RGRK-HGB 7 zu § 74a; Schlegelberger-Schröder 7 zu § 74a; Staub-Bondi 11 zu § 74a.

2) Schlegelberger-Schröder 7 zu § 74a.

3) Düringer-Hachenburg-Hoeniger 13 zu § 74 mit weit.Nachw.

4) Vgl. Anm.1.

5) Würdinger in RGRK-HGB 7 zu § 74a; Düringer-Hachenburg-Hoeniger 13 zu § 74a.

6) Baum, Wettbewerbsverbot S.109.

stellt sich deshalb die Frage, ob in diesen Vorschriften der Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens zu finden ist.

Der Einfügung der alten Vorschrift des § 74 Abs.3 in das HGB lagen zwei Erwägungen zu Grunde. Einmal glaubte man, daß ein minderjähriger Angestellter kaum in der Lage sei, die berechtigten Interessen des Geschäftsherrn durch eine Konkurrenztätigkeit zu gefährden. Andererseits hielt man eine Bindung jugendlicher Gehilfen für unzulässig, weil ein Jugendlicher die Tragweite seiner Verpflichtung nicht voll übersehen könne.[1] Solche und ähnliche Erwägungen haben auch bei der Abänderung der §§ 74 und 75 zu einer Beibehaltung dieser Vorschrift geführt.[2] Träfen die Erwägungen zu, so müßten auch Wettbewerbsabreden mit anderen minderjährigen Arbeitnehmern regelmäßig nichtig sein; denn fehlendes berechtigtes Interesse ist selbst schon ein Anwendungsfall von § 138, und eine wucherische Ausbeutung oder auch nur eine verwerfliche A u s n u t z u n g[3] der jugendlichen Unerfahrenheit würde ebenfalls unsittlich sein und zur Nichtigkeit führen.

Es kann aber sehr zweifelhaft sein, ob diese Gesichtspunkte zutreffen. Denn es wird häufig vorkommen, daß auch jugendliche Gehilfen Einblick in den Kundenkreis und die Geschäftsgeheimnisse bekommen. Dann aber hat der Prinzipal ein berechtigtes Interesse daran, sich gegen die Verwertung dieser Kenntnisse zu schützen. Im übrigen k a n n eine wucherische Ausbeutung jugendlicher Unerfahrenheit vorliegen. Das braucht aber nicht notwendig so zu sein, und es bleibt eine Frage des Einzelfalles, ob die Voraussetzungen des Wuchers vorliegen.

---

1) So die Denkschrift aus dem Jahr 1897, S.64.

2) Altmeppen, Konkurrenzklausel S.84.

3) Vgl. dazu unten S. 220 f. und Enneccerus-Nipperdey II § 192 IV.

Näher liegt es deshalb, in der Nichtigkeitsvorschrift für Wettbewerbsabreden mit Minderjährigen eine Bestimmung zu sehen, die dem Minderjährigen einen b e s o n d e r e n Schutz sichern will: Der Minderjährige soll in seiner Tätigkeit nicht eingeengt werden, da das nachteilige Folgen für seinen beruflichen Werdegang und seine Weiterbildung haben könnte. Er soll vielmehr durch häufigen Wechsel des Geschäfts Einblick in verschiedene Geschäftsbetriebe bekommen, Erfahrungen sammeln und Kenntnisse bereichern.[1] Trotzdem könnten Wettbewerbsabreden auch mit anderen minderjährigen Arbeitnehmern sittenwidrig sein, wenn es einem allgemeinen Rechtsgedanken entspräche, den Minderjährigen schlechthin vor nachteiligen Folgen eigener rechtsgeschäftlicher Erklärungen zu schützen, und hierin ein sittliches Anliegen des Gesetzes zu sehen wäre.

Die rechtsgeschäftliche Verantwortlichkeit des Minderjährigen ist grundsätzlich in den §§ 106 ff. geregelt. Danach ist der Minderjährige, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, beschränkt geschäftsfähig, d.h. er kann Rechtsgeschäfte mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters wirksam vornehmen.[2] Rechtsgeschäfte bestehen aus einer oder mehreren Willenserklärungen und dienen der Durchsetzung des Parteiwillens. Da das Gesetz - dem Prinzip der Privatautonomie folgend - den Parteiwillen grundsätzlich anerkennt, muß es für eine gewisse Vernünftigkeit dieses Willens sorgen. Es verlangt deshalb mit der Geschäftsfähigkeit ein Mindestmaß an Fähigkeit, den Willen durch vernünftige Beweggründe bestimmen zu lassen. Hierbei konnte aber im Interesse der Rechtssicherheit nicht der einzelne Fall maßgeblich sein, es mußte auf die durchschnittliche Befähigung zu vernünftiger Willensbildung abgestellt werden. Wenn das Gesetz Willenserklärungen des Minderjährigen mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters für wirk-

---

1) Altmeppen, Konkurrenzklausel S.84.

2) Ausnahmen gelten nach den §§ 1629, 1643, 1821 f., die für bestimmte Fälle die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts vorsehen.

sam erklärt, so liegt darin einmal der Gedanke, daß der Minderjährige vor seinen eigenen gefährlichen Erklärungen im rechtsgeschäftlichen Verkehr durch die Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters geschützt werden müsse.[1] Der Schutz des Minderjährigen ist ein allgemeiner, sittlich fundierter Rechtsgedanke.[2] Er liegt auch den §§ 828, 829 BGB zu Grunde.

Andererseits wird der Wille des Minderjährigen aber nicht schlechthin wie der des Geschäftsunfähigen vom Gesetz ignoriert. Daraus ergibt sich, daß das Gesetz dem Minderjährigen bereits eine gewisse Vernünftigkeit zutraut. Deshalb konnte es hier mehr Bewegungsfreiheit einräumen, um den Minderjährigen allmählich in das Wirtschaftsleben einzuführen. Neben dem Schutzzweck steht also der Erziehungszweck.[3] Ganz anders im Recht des Wettbewerbsverbots, wo der Erklärung des minderjährigen Handlungsgehilfen schlechthin jede Wirkung abgesprochen wird und auch in einer Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters kein ausreichender Schutz gesehen wird. Bei der Gegenüberstellung des allgemeinen Rechts des Minderjährigen und des Rechts der Konkurrenzklausel erscheint darum die absolute Nichtigkeit nicht als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, sondern als Ausnahmevorschrift.

Das Recht des Minderjährigen kennt aber auch noch andere Abweichungen von der allgemeinen Regelung der Geschäftsfähigkeit, vor allem die Vorschriften über die Ehe- und Testierfähigkeit. Läßt sich unter Berücksichtigung dieser Bestimmungen in der Nichtigkeit der Konkurrenzklausel Minderjähriger der Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens finden?

Nach § 1 Abs.1 EheG wird der Mann mit Vollendung des 21., die Frau mit Vollendung des 16. Lebensjahres ehemündig.

---

1) Von Tuhr II 1 S.338.

2) Vgl. Larenz, Methodenlehre S.255, der in dem Minderjährigenschutz ein "rechtsethisches Prinzip" sieht.

3) Erman-Westermann 1 zu § 106.

Dem Mann und der Frau kann Befreiung von dieser Vorschrift bewilligt werden, dem Mann jedoch nur, wenn er das 18. Lebensjahr vollendet hat und geschäftsfähig ist, § 1 Abs. 2 EheG. Der Mann kann also vor Vollendung seines 18. Lebensjahres in keinem Fall heiraten. Auch eine Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters oder des Vormundschaftsgerichts kann daran nichts ändern.

Die Ehe bringt ebenso wie ein Wettbewerbsverbot eine längere zeitliche Bindung mit sich. Bestehen aber schon recht erhebliche Unterschiede in der Art der Bindung, die hier wirtschaftlicher, dort persönlicher Natur ist, so läßt eine weitere Gegenüberstellung der nur aus wirtschaftlichen Zweckerwägungen geborenen Wettbewerbsvereinbarung mit der Ehe als "rechtlich anerkannter Verbindung von Mann und Frau zu dauernder Lebensgemeinschaft"[1] die Unzulässigkeit eines Vergleichs erkennen. Dementsprechend handelt es sich bei der Ehemündigkeit auch einzig darum, zu gewährleisten, daß die Person die erforderliche körperliche, geistige und sittliche Reife hat.[2]

Ähnliches gilt von dem Verhältnis der Konkurrenzklausel zur letztwilligen Verfügung. Nach § 2229 ist die Testierfähigkeit an die Vollendung des 16. Lebensjahres geknüpft, weil das Gesetz den letzten Willen des Verfügenden in größt-möglichem Umfang berücksichtigen will.[3] Wären letztwillige Verfügungen mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters schon vorher wirksam, so bestände die Gefahr, daß auf diese Weise der Wille des gesetzlichen Vertreters in die letztwillige Verfügung Eingang fände. Deshalb schuf der Gesetzgeber diese Ausnahmeregelung, die einerseits letztwillige Verfügungen für Jugendliche unter 16 Jahren schlechthin unmöglich macht, andererseits nach Vollendung des 16. Lebensjahres immer wirksam sein läßt.

---

1) Erman-Hefermehl Vorb.1 zu § 1 EheG.
2) Erman-Hefermehl 2 zu § 1 EheG.
3) Lange, JherJ 82,3 Anm.1.

Nach alledem spricht das Verbot der Wettbewerbsvereinbarung mit Minderjährigen keinen Grundgedanken unserer Rechtsordnung aus. Wettbewerbsabreden mit Minderjährigen sind deshalb - unbeschadet der Nichtigkeit wucherischer Ausbeutung und verwerflicher Ausnutzung[1] jugendlicher Unerfahrenheit - grundsätzlich nicht sittenwidrig.[2]

8. § 74a Abs.2 S.2 HGB 2.Alt.: Wettbewerbsabrede auf Ehrenwort und unter ähnlichen Versicherungen

a) Die Sonderregelung

Nach § 74a Abs.2 S.2 HGB 2.Alt. ist das Wettbewerbsverbot auch dann nichtig, wenn sich der Prinzipal die Erfüllung vom Gehilfen auf Ehrenwort oder unter ähnlichen Versicherungen versprechen läßt. Unter "ähnlichen Versicherungen" sind im Anschluß an § 302 StGB eidliche Bestärkung und andere Beteuerungen zu verstehen.[3] Die Vorschrift bezieht sich aber nur auf das Wettbewerbsverbot. Hat der Gehilfe sich lediglich zur Geheimhaltung gewisser e i n z e l n e r Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse unter Ehrenwort verpflichtet, so ist das ohne Einfluß auf die Gültigkeit des Wettbewerbsverbotes.[4] Im übrigen stellt das Gesetz keine Voraussetzungen auf, es ist deshalb gleichgültig, in welcher Form das Ehrenwort gegeben wird. Insbesondere kommt es nicht darauf an, ob der Prinzipal die Versicherung gefordert oder ob der Gehilfe sie aus freien Stücken gegeben hat.[5] Unerheblich ist auch, ob die Versicherung schriftlich (in der nach § 74 HGB zu

---

1) Vgl. unten S. 220 f.

2) Hueck-Nipperdey I § 38 II C; Landmann-Rohmer Anm.1 zu § 133 f GewO; Gross,ArbuR 55,103; Baum, Wettbewerbsverbot S.191.

3) H.M., z.B. Staub-Bondi 12 zu § 74a; Würdinger in RGRK-HGB 8 zu § 74a.

4) Staub-Bondi 12 zu § 74a.

5) Würdinger in RGRK-HGB 8 zu § 74a; Grüll, Konkurrenzklausel S.32; Titze, Handb. II 2 S.805; a.A. Lehmann-Ring Nr.10 zu § 74a.

errichtenden Urkunde) oder mündlich[1], vor, bei oder nach Abschluß der Wettbewerbsvereinbarung abgegeben worden ist.[2] Aus dem Gesetz ergibt sich nicht, daß nur Versicherungen bei Vertragsschluß verhindert werden sollen.[3] Deshalb machen auch später abgegebene ehrenwörtliche Versicherungen die Abrede sittenwidrig. Entscheidend ist nicht der Zeitpunkt der Versicherung, sondern daß es sich nicht nur um eine einseitige Erklärung handelt und der Prinzipal irgendwie die A n n a h m e der Versicherung zum Ausdruck bringt.[4] Das folgt aus den Worten "sich versprechen läßt". Deshalb genügt es nicht, wenn der Gehilfe bloß gelegentlich gesprächsweise dem Prinzipal sagt, er versichere ihm die gewissenhafte Erfüllung der übernommenen Pflichten auf Ehrenwort.[5]

Da das Verbot nichtig ist, wird es durch einen nachträglichen Verzicht des Unternehmers auf das Ehrenwort nicht wirksam, vielmehr muß formgerecht nach § 74 HGB ein neuer Vertrag geschlossen werden.[6]

b) Wettbewerbsverbot auf Ehrenwort und § 138 BGB

Manche Unternehmer lassen sich das Wettbewerbsverbot durch Ehrenwort bekräftigen, um neben dem Rechtszwang eine zusätzliche Sicherung für seine Einhaltung zu haben. Andere wollen die Gehilfen durch den Druck des Ehrenwortes auch dann zur Einhaltung der Vereinbarung zwingen, wenn das Wettbewerbsverbot nach den §§ 74 ff. HGB nichtig oder unverbindlich ist. In diesen Fällen führt die Versicherung schon wegen Gesetzesumgehung zur Nichtigkeit des Verbotes, da eine solche Vereinbarung dem Willen des Gesetzes,

---

1) Würdinger in RGRK-HGB 8 zu § 74a; wohl auch Staub-Bondi 12 zu § 74a.

2) Würdinger in RGRK-HGB 8 zu § 74a; Altmeppen, Konkurrenzklausel S.94; Heeder, Konkurrenzverbot S.71; a.A. Schlegelberger-Schröder 8 zu § 74a.

3) Altmeppen S.94; a.A. Schlegelberger-Schröder 8 zu § 74a.

4) Düringer-Hachenburg-Hoeniger 14 zu § 74a.

5) Staub-Bondi 12 zu § 74a; Schlegelberger-Schröder 8 zu § 74a.

6) Grüll, Konkurrenzklausel S.32.

die Bindung des Gehilfen zu verhindern, entgegenwirken würde.[1] Soweit es sich um diese Fälle handelt, stellt also die gesetzliche Nichtigkeitsvorschrift lediglich klar, daß es sich hier um einen Fall der Gesetzesumgehung handelt, der immer zur Nichtigkeit des Verbots führt.

Interessanter sind die Fälle, in denen das Ehrenwort als zusätzliche Bestärkung gegeben worden ist. Hier läßt sich die Nichtigkeit nicht als Wirkung einer Gesetzesumgehung auffassen; denn das Verbot ist an sich gültig, es wird erst durch die Hinzufügung des Ehrenworts oder entsprechender Versicherungen nichtig. Das innere Verhältnis von Wettbewerbsverbot und Ehrenwort kann Aufschluß geben über den gesetzgeberischen Gedanken der Nichtigkeitsvorschrift.

Das Wettbewerbsverbot soll die Auswertung der eigenen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse durch fremde Firmen verhindern, vor allem aber unbequeme Wettbewerber ausschalten. Es dient also rein wirtschaftlichen und damit letztlich finanziellen Interessen. Die Ehre aber ist ein ideelles Gut, sie gehört zum Persönlichkeitsrecht des Menschen und ist "eine Grundlage seiner Existenz".[2] Es stehen sich also zwei völlig unvergleichbare Werte gegenüber. Unserem Rechts- und Sittlichkeitsgefühl widerspricht es, sittliche Werte ohne weiteres in Beziehung zu vermögensrechtlichen Objekten zu setzen. So ist es seit langem anerkannt, daß sittliche E n t s c h e i d u n g e n nicht von einer Vermögenszuwendung abhängig gemacht werden dürfen.[3] Es ist deshalb sittenwidrig, wenn sich jemand die Eingehung oder Aufrechterhaltung einer Ehe, die Beibehaltung seines Bekenntnisses, den Übertritt zu einem anderen Bekenntnis oder die Nichtanzeige eines Verbrechens bezahlen läßt. Solche Entscheidungen sollen nicht Gegenstand vermögensrechtlicher Geschäfte sein. Der tiefere Grund dieser Mißbilligung ist die Erkenntnis, daß die einzelnen Rechtsgüter

---

1) Enneccerus-Nipperdey II § 190 III.

2) RG 68, 229 (231).

3) Enneccerus-Nipperdey II § 191 III 2; von Tuhr II 2 S.32; Staudinger-Coing 7e zu § 138; Erman-Westermann 11 q zu § 138.

einer Person ihrem Range nach geordnet sind und die Verletzung dieser "sittlichen Rangordnung" gegen die guten Sitten verstoßen kann.[1] Da die Ehre eine erheblich höhere Bedeutung für die sittliche Wertschätzung der Person hat als ihr Vermögen, ist sie höherrangig als finanzielle Vorteile. Sie kann deshalb "nicht ohne weiteres in vermögensrechtlichen Beziehungen zu Gunsten anderer verwendet werden".[2]

Man hat eingewendet, die Verpfändung des Ehrenworts bedeute keine Veränderung der r e c h t l i c h e n Pflicht, die Verpflichtung werde nur auf das Gebiet der Sittlichkeit hinübergezogen, die Bestärkung müsse deshalb bei der Überprüfung der rechtlichen Gültigkeit eines Vertrages außer Betracht bleiben.[3] Es ist aber eine Verkennung des § 138, wenn er so ausgelegt wird, als dürften bei der Frage der Sittenwidrigkeit nur die streng rechtsgeschäftlichen Erklärungen berücksichtigt werden. Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes entscheidet sich nach seinem Gesamtinhalt. Neben den rechtsgeschäftlichen Erklärungen kommt es entscheidend auf die Begleitumstände und häufig gerade auf solche "Nebenabreden" an, da diese für die Gesamtwürdigung des Geschäfts von entscheidender Bedeutung sein können.[4] Die Verpfändung des Ehrenworts für eine vermögensrechtliche Verbindlichkeit unterliegt vor allem deshalb erheblichen Bedenken, weil der Schuldner bei Nichterfüllung der Verbindlichkeit auch dann wortbrüchig erscheint, wenn ihn kein Verschulden trifft, er also gar nicht unehrenhaft gehandelt hat.[5] Schon die Gefahr einer solchen ungerechtfertigten Ehrenminderung erscheint unserem sittlichen Empfinden anstößig.[6]

---

1) Coing, NJW 1947/48, 216.

2) RG 74,332 (333); 68,231; 78,258 (263); 82,222 (224); Staudinger-Coing 7e zu § 138; Erman-Westermann 11j zu § 138; a.A. Enneccerus-Nipperdey I § 94 V, der die Verstärkung eines wirksamen Vertrages durch Ehrenwort zwar für unwirksam, aber nicht für sittenwidrig hält, so daß der Vertrag selber wirksam bleibt.

3) RG SeuffArch Bd.29 Nr.17.

4) RG 78,263.

5) RG 78,263.

6) RG 78,263.

Hinzu kommt die Erwägung, daß das Gesetz dem Gläubiger die Rechte und die Mittel des gerichtlichen Zwanges zur Durchsetzung seiner Ansprüche an die Hand gibt. Dieser Rechtszwang soll ausreichen.[1] Der moralische Druck und der Gewissenszwang, die mit der Verpfändung der Ehre oder gar einer eidlichen Bekräftigung verbunden sind, dürfen nicht dazu mißbraucht werden, dem Gläubiger die Erfüllung beliebiger Forderungen wirksamer zu sichern, als es mit den Mitteln des Rechts geschehen kann.[2]

Man hat aber noch weitere Argumente gegen die Sittenwidrigkeit der ehrenwörtlichen Bestärkung angeführt. So glaubt Th.Wolff[3], sich für seine gegenteilige Ansicht auf das Gesetz berufen zu können. Er führt zunächst aus[4], eine Verpflichtung unter Verpfändung des Ehrenworts stehe in sittlicher Beziehung der Anrufung Gottes nach. Aus den Vorschriften des Prozeßrechts ergebe sich aber, daß das Gesetz die Anrufung Gottes für vermögensrechtliche Verhältnisse zulasse. Denn die Zivilprozeßordnung schreibe nicht nur die eidliche Vernehmung der Zeugen vor, sondern sie lasse selbst für die kleinsten und kleinlichsten vermögensrechtlichen Streitigkeiten die Eidzuschiebung zu und gestatte und fordere in den §§ 475 ff. ZPO sogar die Auferlegung eines Eides. Wenn aber der Gesetzgeber die feierliche Anrufung Gottes über Tatsachen bloß vermögensrechtlicher Art für zulässig erkläre, so könne die Anrufung Gottes deshalb, weil sie für vermögensrechtliche Verhältnisse erfolgt sei, auch außergerichtlich nicht als eine unsittliche Handlung angesehen werden. Noch weniger unsittlich sei aber die viel geringwertigere Bestärkung einer Vertragspflicht durch Verpfändung der Ehre. -

---

1) Erman-Westermann 11j zu § 138; Habscheid, WuW 54,410.
2) RG 78,263.
3) LZ 1914,1278 f.
4) In Übereinstimmung mit RG 78,258.

Abgesehen davon, daß die §§ 475 ff. ZPO inzwischen aufgehoben worden sind und dem Richter heute durch § 510 c ZPO die Möglichkeit gegeben ist, bei einem Streitwert unter 50 DM das Verfahren frei und ohne eidliche Vernehmung zu gestalten, übersieht Th.Wolff den grundlegenden Unterschied zwischen den Fällen, in denen das Prozeßrecht die eidliche Beteuerung vermögensrechtlicher Vorgänge zuläßt, und der ehrenwörtlichen Versicherung der Erfüllung von Vertragspflichten. Hier handelt es sich um zukünftige Tatsachen, deren Herbeiführung nicht nur in Händen des Versprechenden liegt, während dort lediglich über Vorgänge ausgesagt wird, die bereits abgeschlossen sind und der Vergangenheit angehören. Daß Tatsachen, die in der Vergangenheit liegen, unter Ehrenwort versichert werden können, ist weithin anerkannt und sittlich nicht zu beanstanden.[1] Aus dem Gesetz ergibt sich also kein Argument für die Zulässigkeit ehrenwörtlicher Bestärkung von Vertragspflichten. Vielmehr ergibt sich aus den Grundgedanken unserer Rechtsordnung, wie sie auch in den §§ 302, 302b StGB zum Ausdruck kommen, daß die Ehre nicht zur Absicherung vermögensrechtlicher Forderungen verwandt werden soll und eine solche Verknüpfung im Volk als unsittlich empfunden wird.[2]

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Regel von der Sittenwidrigkeit ehrenwörtlicher oder ähnlicher Versicherungen in vermögensrechtlichen Angelegenheiten stets und ohne Ausnahme gilt. Es sind Fälle denkbar, in denen ein ideelles oder persönliches Interesse des Gläubigers an der Erfüllung seiner Forderung anzuerkennen ist. Auch ideellen oder persönlichen Momenten vergleichbare b e s o n d e r s wichtige vermögensrechtliche Interessen können ausnahmsweise die Verpfändung der Ehre r e c h t f e r t i g e n , wenn sich das Ehrenwort auf wirklich ehrlose

---

1) RG SeuffArch Bd.95 Nr.57; Erman-Westermann 11j zu § 138.

2) Vgl. auch RG 68,229 (231).

Handlungen bezieht.[1] Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn ein in besonderer Vertrauensstellung tätiger Angestellter die Geheimhaltung bestimmter anvertrauter Tatsachen zusagt[2], oder wenn sonst die Geheimhaltung bestimmter, für ein Unternehmen entscheidend wichtiger Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zugesagt wird.[3]

Regelmäßig ergeben sich aber gerade gegen die ehrenwörtliche Bestärkung einer Konkurrenzklausel besondere Bedenken, da die Gefahr einer ungerechtfertigten Ehrenminderung hier besonders groß ist. Die gesetzliche Regelung der Nichtigkeit einer Wettbewerbsabrede mit Handlungsgehilfen, §§ 74 ff. HGB, ist sehr eingehend und für einen Laien undurchsichtig.[4] Auch bringt die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie "unbillige Erschwerung des Fortkommens" ein Unsicherheitsmoment in die Auslegung jener Vorschriften. Schließlich kann im Einzelfall zweifelhaft sein, ob das Verbot wegen Wegfalls des berechtigten Interesses des Prinzipals nachträglich unwirksam geworden ist. Ähnliche Ungewißheiten ergeben sich, wenn es sich darum handelt, ob ein Wettbewerbsverbot mit sonstigen Arbeitnehmern wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist. Alle diese Fragen sind häufig ungewiß, so daß eine objektive Verletzung leicht in der Annahme begangen werden kann, das Verbot sei unwirksam.[5]

Aus alledem folgt, daß die Bestärkung eines Wettbewerbsverbotes durch Ehrenwort oder ähnliche Versicherungen mit unserem Rechts- und Sittlichkeitsempfinden unvereinbar ist. § 74a Abs.2 S.2 HGB erklärt aber nicht nur die Bestärkung, sondern das gesamte Verbot für nichtig, wenn es unter Ehrenwort übernommen worden ist. Diese Rechtsfolge ließe sich nur dann als Ausfluß der Sittenwidrigkeit

---

1) RG 68,231; 78,263.
2) RG 74,333.
3) Würdinger in RGRK-HGB 8 zu § 74a.
4) Altmeppen, S.94.
5) RG 78,263.

ansehen, wenn die ehrenwörtliche Versicherung nach § 138 allgemein zur Gesamtnichtigkeit der bekräftigten Verpflichtung führte.

Tatsächlich hat das Reichsgericht einmal[1] die Ansicht vertreten, die Verpfändung des Ehrenworts als solche sei der Nichtigkeit fähig und komme daher als nichtiger Teil eines Rechtsgeschäfts im Sinne von § 139 in Betracht. Nichtig im rechtlichen Sinne können aber nur r e c h t s g e s c h ä f t l i c h e Erklärungen sein, und nur sie können ein nichtiger Teil eines Rechtsgeschäfts nach § 139 sein. Bei der "Verpfändung" des Ehrenworts handelt es sich aber weder um eine Pfandrechtsbestellung noch um irgendeine andere rechtsgeschäftliche Erklärung; sie kann deshalb keine Rechtswirkungen erzeugen oder bestärken.[2] Das Versprechen unter Ehrenwort oder ähnlicher Versicherung liegt nicht auf rechtlicher, sondern auf sittlicher Ebene. Es kann deshalb die Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Erklärung nur dann beeinflussen, wenn unter Berücksichtigung dieser rein tatsächlichen Begleiterscheinung die Gesamtumstände das Rechtsgeschäft als unsittlich erscheinen lassen.[3] Das ist bei Wettbewerbsabreden regelmäßig der Fall, da hier die ehrenwörtliche Bekräftigung besonders bedenklich ist. Das Ehrenwort ist auch kein bloßes dem Vertrage hinzutretendes Bestärkungsmittel, sondern es bildet zumeist die Grundlage der Vereinbarung und ist deshalb untrennbar mit dem Wettbewerbsverbot verbunden.[4] Abgesehen von diesen dogmatischen Bedenken würde die bloße Vernichtung der Ehrenwortklausel[5] praktisch den verfolgten Zweck nicht erreichen. Denn es bestände die Gefahr, daß der Unternehmer den Angestellten trotzdem an seinem Ehrenwort festhielte.[6]

---

1) RG JW 1915,994 (995).

2) Vgl. zum ganzen Kullmann, JW 1915,1286.

3) RG 78,263; Kullmann, JW 1915,1286.

4) RG 74,334.

5) Da die Ehrenwortklausel als solche keine Rechtswirkungen haben kann, kommt eine echte Nichtigkeit ohnehin nicht in Betracht. Kullmann, JW 1915,1286.

6) Erman-Westermann 11j zu § 138.

Nach alledem führt die Bestärkung einer Wettbewerbsabrede durch Ehrenwort oder eine ähnliche Versicherung zur Gesamtnichtigkeit der Vereinbarung.

9. § 74a Abs.2 S.3 HGB: Verpflichtung eines Dritten anstelle des Gehilfen

Nach § 74a Abs.2 S.3 HGB ist auch die Vereinbarung mit einem Dritten nichtig, wonach dieser sich anstelle des Gehilfen für die Einhaltung des Wettbewerbsverbotes verpflichtet. Diese Vorschrift war vor 1914 im alten § 74 nicht enthalten. Damals galt aber bereits das Verbot der Konkurrenzklausel für Minderjährige. Daher wurde häufig mit dem gesetzlichen Vertreter eines minderjährigen Gehilfen eine Vereinbarung getroffen, in der sich der gesetzliche Vertreter verpflichtete, eine Wettbewerbstätigkeit des Gehilfen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verhindern. Bei Nichteinhaltung des Verbotes konnte der gesetzliche Vertreter anstelle des Gehilfen schadensersatzpflichtig gemacht werden.[1] Allerdings lag der Gedanke an eine Gesetzesumgehung nahe, da der Minderjährige auf diese Weise veranlaßt werden sollte, freiwillig das Wettbewerbsverbot zu beachten. Dementsprechend wurde auch vor der Novelle von 1914 von einem Teil der Rechtsprechung und Rechtslehre die Nichtigkeit derartiger Vereinbarungen angenommen. Um dem Streit ein Ende zu machen, schreibt die jetzige Fassung in allen diesen Fällen die Nichtigkeit vor.

Schon aus den vorstehenden Bemerkungen folgt, daß dieser Vorschrift kein allgemeiner Rechtsgedanke zu Grunde liegt, der einem Sittlichkeitsstreben des Gesetzgebers entspringt. Grundsätzlich läßt unser Recht die Verpflichtung für einen anderen zu. Man spricht in diesen Fällen - je nachdem, ob

---

1) OLG Naumburg OLGRspr.12,422; OLG Darmstadt OLGRspr.12, 255.

nur ein Bemühen um die Leistung des Dritten oder der Erfolg selber versprochen wird - entweder von Bemühungs- oder von Garantievertrag.[1] Als allgemeiner Rechtsgedanke könnte sich hier nur der Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung verbergen. Es widerspricht dem Zweck der Vorschriften, wenn ein M i n d e r j ä h r i g e r durch seinen gesetzlichen Vertreter veranlaßt wird, das Wettbewerbsverbot einzuhalten. Da aber nicht einmal das Verbot der Abrede mit Minderjährigen Ausfluß von § 138 ist, sind Wettbewerbsvereinbarungen mit Minderjährigen nicht schlechthin nichtig. Insoweit kann auch ihre mittelbare Durchsetzung nicht anstößig sein. Dem steht nicht entgegen, daß die Wettbewerbsabrede mit Minderjährigen im Einzelfall sittenwidrig sein k a n n . In einem solchen Fall wäre eine Umgehung der Nichtigkeitsfolge aus § 138 durch Verpflichtung des gesetzlichen Vertreters nicht möglich, da eine solche Vereinbarung wegen Sittenwidrigkeit des erstrebten Erfolges gegen § 138 verstieße. Dies ist aber nicht der typische Fall des § 74a Abs.2 S.3 HGB.

10. § 75 HGB: Die Bedeutung einseitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die Wirksamkeit des Wettbewerbsverbots

§ 74b HGB beschäftigt sich mit der Zahlungsweise und dem Berechnungsmodus für die Karenzentschädigung. Diese Vorschriften ergänzen den § 74 Abs.2 und haben reinen Ordnungscharakter. Ihnen kommt im Rahmen dieser Untersuchung keine Bedeutung zu. Das gilt auch für § 74c, der aus Billigkeitsgründen die Anrechnungspflicht des Gehilfen festlegt.

Da § 75 HGB zu Gunsten des Gehilfen zwingenden Charakter hat (§ 75d), folgt daraus ohne weiteres die Nichtigkeit einer Abrede, wonach das Wettbewerbsverbot auch gelten

---

1) Enneccerus-Lehmann § 34 V.

soll, wenn der Prinzipal die Beendigung des Arbeitsverhältnisses selbst durch Kündigung oder auf andere Weise schuldhaft herbeigeführt hat. Der Rechtsgedanke dieser Vorschrift könnte im Rahmen des § 138 Berücksichtigung finden, wenn es sich dabei um einen sittlich-rechtlichen Grundgedanken handelte.

a) Der zu Grunde liegende Rechtsgedanke

In diesem Zusammenhang mag zunächst darauf hingewiesen werden, daß es den § 75 HGB schon vor der Novelle von 1914 gab. Er hatte bereits im wesentlichen den gleichen Inhalt wie heute, und die Änderungen hängen hauptsächlich mit der Einführung der Entschädigungspflicht durch die Novelle zusammen. Erwähnenswert ist auch, daß das österreichische Handlungsgehilfengesetz und das schweizerische Obligationenrecht Vorschriften kennen, die dem § 75 HGB sehr ähnlich sind.[1)]

Die Denkschrift zum HGB[2)] nannte als Grundgedanken des alten § 74[3)], daß der Handlungsgehilfe nur dann mit der Konkurrenzklausel belastet werden solle, wenn der Prinzipal bereit sei, dem Gehilfen in seinem Geschäft, soweit es angehe, die Möglichkeit weiteren Fortkommens zu gewähren. Heute hat der Prinzipal die Möglichkeit, durch Weiterzahlung der vollen Bezüge den Gehilfen auch dann am Wettbewerbsverbot festzuhalten, wenn die Kündigung nicht durch den Gehilfen veranlaßt wurde. Mit dieser Einschränkung läßt sich die Charakterisierung des § 74 in der Denkschrift auf die heutige Bestimmung übernehmen. Es erscheint jedoch fraglich, ob nicht noch ein tieferer Grund hinter der Vorschrift steht.

Das Inkrafttreten des Wettbewerbsverbotes bringt für den Gehilfen eine Reihe von Unannehmlichkeiten mit sich. Schon

---

1) Art.360 Abs.2 OR, § 37 österr.HGG.

2) S. 64/65.

3) § 74 Abs.1 a.F. entspricht § 75 n.F.

die Beschränkung in der wirtschaftlichen Betätigung als solcher kann, insbesondere in Zeiten des wirtschaftlichen Niederganges, aber auch sonst, bei längerer zeitlicher Dauer, unbequem und drückend sein. Sie wird häufig genug eine Verminderung des Einkommens und eine Veränderung der Lebensverhältnisse des Gehilfen zur Folge haben. Könnte der Unternehmer jederzeit durch Kündigung das Arbeitsverhältnis beenden und das Wettbewerbsverbot in Kraft setzen, so läge es nur bei ihm, den Handlungsgehilfen in diese unangenehme Situation zu bringen.

b) Überantwortung einer Partei an die Willkür der anderen

Verträge, in denen einer Partei einseitig die Möglichkeit eingeräumt ist, zum Nachteil der anderen Partei von einem Gestaltungsrecht Gebrauch zu machen, sind von Rechtsprechung und Rechtslehre immer mit Argwohn betrachtet worden. Es kommt z.B. bei Bühnenverträgen häufig vor, daß sich der Theaterunternehmer die Befugnis einräumen läßt, den Vertrag einseitig zu verlängern oder ihn beliebig zu kündigen. Eine verbreitete Lehre[1] geht schlechthin von der Sittenwidrigkeit einer solchen Vereinbarung aus. Es sind aber Fälle denkbar, in denen die einseitige Befugnis des einen und die einseitige Verpflichtung des anderen Partners gerechtfertigt erscheinen. Entscheidend muß deshalb sein, ob nach den Umständen des Einzelfalles die Verteilung der Befugnisse und besonders die Bindung der benachteiligten Partei noch angängig erscheint, oder ob sie als anstößig abgelehnt werden muß.[2] Das Reichsgericht[3] hatte sich mit einem Vertrage zu befassen, in dem ein Theaterunternehmen den Ausbruch des ersten Weltkrieges zum Anlaß genommen hatte, die ursprünglich vereinbarten Gehälter auf die Hälfte herunterzusetzen, und sich ein periodisches,

---

1) Lotmar, Arbeitsvertrag I S.555 f., besonders 556 Anm.3; weit. Nachw. in RG 91,328 (330).

2) RG 91,330.

3) RG 91,328 ff.

einseitiges Verlängerungsrecht hatte einräumen lassen. Es hat diese Vereinbarung für sittenwidrig erklärt, da es völlig im Belieben der Klägerin gelegen habe, "die Entwicklung der Theaterverhältnisse in der Kriegszeit ... auf Kosten der Schauspieler auszunutzen, diese trotz Besserung der Verhältnisse zu drückenden Lohnbedingungen an ihren Theatern festzuhalten und an der Erlangung günstigerer Anstellungsbedingungen zu hindern, bei einer Verschlechterung der Verhältnisse aber durch Nichtverlängerung des Vertrages die Schauspieler oder auch nur trotz Fortsetzung ihres Theaterbetriebes den einzelnen Schauspieler brotlos zu machen."[1)]

Die Gefahr derartiger einseitiger Ausgestaltungen der Rechtsposition des Unternehmers ist bei Bühnenengagementsverträgen groß.[2)] Besonders gern lassen sich die Bühnenleiter ein sehr weitgehendes fristloses Kündigungsrecht einräumen, während die wichtigen Kündigungsgründe des Schauspielers auf ein Minimum reduziert werden. Dadurch gerät der Schauspieler in eine Abhängigkeit vom Bühnenleiter, die allgemein als anstößig empfunden wird. Dementsprechend sah der österreichische Entwurf eines Theatergesetzes (1910) einseitige Kündigungsvorbehalte zu Gunsten des Bühnenleiters als ungültig an (§ 29), und der deutsche Referentenentwurf aus dem Jahre 1912 räumte dem Schauspieler die gleichen Rechte ein, die sich der Unternehmer vorbehalten hatte (§ 19).[3)]

In einem weiteren vom Reichsgericht entschiedenen Falle[4)] hatte sich der Generaldirektor einer Aktiengesellschaft zusagen lassen, daß sein Ruhegehalt auch bei einer Kündigung aus wichtigem Grunde sofort fällig werde, es sei denn, er habe eine Handlung begangen, die den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte nach sich ziehe. Das Reichsgericht

---

1) RG 91,330 f.

2) Urban, Reichstheatergesetz S.27 ff., 83.

3) Urban, Reichstheatergesetz S.83.

4) RG 75,234 (239).

erklärte die Klausel für nichtig, da sie für den Generaldirektor ein "Freibrief für alle denkbaren Pflichtverletzungen" sei, den die Rechtsordnung nicht hinnehmen könne.

Im weiteren Sinne gehören hierhin auch die Fälle, in denen dem Unternehmer, also einer Partei des Arbeitsverhältnisses und nicht einem Unparteiischen, der Entscheid über die Verwirkung einer Konventionalstrafe anheimgestellt wird.[1)]

Schließlich sei auch § 315 erwähnt. Diese Vorschrift betrifft den Fall, daß einer der Vertragsparteien die Bestimmung der Leistung übertragen ist. Das Gesetz sieht im Zweifel das "billige Ermessen" als maßgebend an. Es billigt damit die Abhängigkeit der Leistung vom E r m e s s e n einer Partei, es verbietet aber die Abhängigkeit von der W i l l k ü r des Gläubigers.[2)]

c) Sittenwidrigkeit einseitiger Willkürrechte

Diesen Verträgen ist gemeinsam, daß sie die eine Partei der Willkür der anderen ausliefern. Das Anstößige einer solchen "Selbstauslieferung" liegt in der Vernichtung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit der benachteiligten Partei.[3)] Eine Wettbewerbsabrede, die auch bei grundloser Kündigung des Unternehmers gelten soll, nimmt dem Verpflichteten die Freiheit, über seine künftige wirtschaftliche Betätigung allein zu befinden. Er kann die Verbindlichkeit des Wettbewerbsverbots auch dann nicht mehr abwenden, wenn er bereit ist, weiterhin bei dem Unternehmer zu arbeiten. Er ist also der Willkür des Unternehmers ausgeliefert. Das Anstößige der Vereinbarung wird

---

1) Vgl. dazu Lotmar, Vertrag S.69.

2) Oegg in RGRK-BGB 3 zu § 315 unter Hinweis auf eine unveröffentlichte RG-Entscheidung; Staudinger-Werner 3 zu § 315; Schirmer, AcP 91, 139.

3) Staudinger-Coing 18w zu § 138.

besonders deutlich, wenn man die Möglichkeiten ins Auge faßt, die sich für den Unternehmer ergeben. Einmal kann er den Vertrag schon nach kurzer Zeit beenden und den Arbeitnehmer mit einem womöglich langwierigen Konkurrenzverbot belasten. Zum anderen kann er den verschärften Druck, den eine Kündigung mit der Möglichkeit eines drückenden Wettbewerbsverbotes darstellt, dazu ausnutzen, den Arbeitnehmer zur Annahme ungünstigerer Arbeitsbedingungen zu veranlassen. Schließlich ist auch die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß der Unternehmer von vornherein nur an eine kurze Beschäftigung gedacht hat und den Arbeitnehmer nur des Wettbewerbsverbotes wegen, um ihn als Konkurrenten auszuschalten, angestellt hat.

Auf der anderen Seite darf aber auch nicht verkannt werden, daß der Unternehmer berechtigte Gründe für die Kündigung haben kann. In Übereinstimmung mit § 75 HGB sind zunächst die Fälle zu nennen, in denen ein "erheblicher Grund in der Person" des Arbeitnehmers vorliegt. Aber auch aus anderen Gründen kann die Kündigung des Arbeitnehmers berechtigt und die Verbindlichkeit des Wettbewerbsverbotes gerechtfertigt sein. Entscheidend muß sein, ob der Arbeitnehmer schlechthin der Willkür des Unternehmers ausgeliefert ist, oder ob die Verteilung der beiderseitigen Befugnisse durch das Bemühen nach einem Ausgleich der beiderseitigen Interessen gekennzeichnet ist.[1] Zusammenfassend läßt sich sagen, daß eine Vereinbarung, nach der das Wettbewerbsverbot auch bei grundloser Kündigung des Unternehmers gelten soll, in der Regel sittenwidrig ist.[2]

---

1) RG 68,229 (231); Erman-Westermann 11z mm zu § 138.

2) Krüger-Nieland in RGRK-BGB 1e zu § 138; Erman-Westermann 11z mm zu § 138; Habscheid, WuW 54,410. Vgl. auch RG 59,76 (79) u. KG WarnRspr. 1913 Nr.275, wonach Wettbewerbsverbote im Zweifel so auszulegen sind, daß sie nicht gelten sollen, wenn der Arbeitgeber ohne einen Grund in der Person des Arbeitnehmers kündigt.

11. § 75c HGB: Hohe Vertragsstrafen und ihre Bedeutung für die Gültigkeit von Wettbewerbsabreden

§ 75a HGB setzt im Interesse der Billigkeit und Rechtssicherheit dem einseitigen Verzicht des Unternehmers auf das Wettbewerbsverbot Grenzen. Dieser Vorschrift kommt im Rahmen der vorliegenden Untersuchung keine selbständige Bedeutung zu. Das Gleiche gilt für § 75b, der bereits bei Erörterung der Karenzentschädigungspflicht behandelt worden ist.

a) Die Bedeutung des § 75c HGB

§ 75c behandelt die Folgen eines Vertragsstrafenversprechens im Rahmen einer Wettbewerbsabrede. Der Verweis auf § 340 besagt, daß der Unternehmer die verwirkte Strafe nur a n s t e l l e der Beachtung des Wettbewerbsverbotes verlangen kann. Ist die Verbindlichkeit der Vereinbarung nicht davon abhängig, daß sich der Prinzipal zur Zahlung einer Entschädigung verpflichtet, so kann er nur die verwirkte Strafe verlangen; die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist in diesem Falle nicht möglich, § 75c Abs.2.

Für eine überhöhte Vertragsstrafe verweist das Gesetz auf das richterliche Ermäßigungsrecht des § 343. Bei der Prüfung, ob eine im Einzelfall verwirkte (aber noch nicht geleistete)[1] Vertragsstrafe unverhältnismäßig hoch ist, sind alle Interessen des Handlungsgehilfen und des Prinzipals nebeneinander in Betracht zu ziehen.[2] Dabei ist besonders zu berücksichtigen, daß die Vertragsstrafe zwar nicht nur, aber auch Ausgleich für erlittenen Schaden bringen soll.[3] Gegeneinander abzuwägen sind etwa das ge-

---

1) Dieses Erfordernis entspricht der h.M., vgl. etwa Baumbach-Duden Anm.D zu § 75c.

2) OLG München, Recht 03,161.

3) Wesentlich ist jedoch der Schadenseintritt im Einzelfall nicht; es genügt, daß ein Schaden möglich ist, BGH LM Nr.2 zu § 339.

schäftliche Interesse des Prinzipals, das Interesse des Gehilfen am möglichst günstigen Fortkommen, die Höhe des wirklichen und möglichen Schadens, die Schwere der Zuwiderhandlung, die Vermögens- und Gehaltverhältnisse des Gehilfen.[1] Der Richter hat nach pflichtgemäßem Ermessen eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei er sich darüber im klaren sein muß, daß das Gesetz das Institut der Vertragsstrafe bewußt dem Gläubiger zur Wahrung seiner Interessen an die Hand gibt.[2] Der Sicherungszweck kann die Herabsetzung der Vertragsstrafe auch ganz ausschließen.[3] Maßgebend ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Verwirkung der Vertragsstrafe[4], doch kann der Richter nach seinem Ermessen auch frühere Umstände berücksichtigen.[5]

b) Die Bedeutung des § 343 BGB

Das Versprechen einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe ist für den Arbeitnehmer drückend und erscheint deshalb u n b i l l i g . Wäre es auch als u n s i t t l i c h anzusehen, so wäre zu klären, ob § 343 eine abschließende Konkretisierung von § 138 ist, oder ob es dem Richter freisteht, entweder die Strafe herabzusetzen oder die ganze Vereinbarung für nichtig zu erachten.

Es liegt nahe, die Sittenwidrigkeit eines überhöhten Vertragsstrafenversprechens mit dem Hinweis zu verneinen, daß § 343 ein gültiges Versprechen voraussetze.[6] Da der Gesamtgehalt der Vorschrift aber trotz der Gültigkeit eine

---

1) Würdinger in RGRK-HGB 5 zu § 75c.

2) Erman-Westermann 2 zu § 343.

3) BGH 5,133 (136 f.).

4) RG Recht 1912,1761.

5) RG 64,291 (293); Erman-Westermann 2 zu § 343; Lehmann, JW 1936,179; im Ergebnis auch Staub-Bondi 4 zu § 75c.

6) Erman-Westermann 1 zu § 343.

Mißbilligung der überhöhten Vertragsstrafe erkennen läßt, erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, in § 343 eine Konkretisierung des § 138 zu sehen. Um zu ermitteln, ob unsere Rechtsordnung gegen die Sicherung von Ansprüchen durch überhöhte Vertragsstrafen den schweren Vorwurf der Sittenwidrigkeit erhebt, sei auf den Zweck der Vereinbarung einer Vertragsstrafe hingewiesen.

aa) Das Herabsetzungsrecht bei überhöhter Vertragsstrafe

Der Zweck der Vertragsstrafe liegt vor allem darin, den Verpflichteten durch die angedrohten Nachteile zur pünktlichen Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten. Daneben soll die Vertragsstrafe dem Berechtigten den aus der Nichteinhaltung der Vertragspflicht entstehenden Anspruch sicherstellen.[1] Die Bedeutung liegt insoweit in der Ersparung des Schadensbeweises.[2]

Im Vordergrund steht der Charakter als Druckmittel. Wenn die Rechtsordnung dem Gläubiger dieses Druckmittel an die Hand gibt, so liegt darin die Billigung verschärfter Wahrnehmung seiner Interessen. Diese grundsätzliche gesetzliche Billigung fällt entscheidend gegenüber einer nur unbilligen Überhöhung der Strafe im Einzelfall ins Gewicht. Die Höhe allein sieht das Gesetz nicht als verwerflich an. Wichtiger aber erscheint noch folgende Erwägung: § 138 Abs.2 ist ein Sonderfall der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 138 Abs.1.[3] Der Wuchertatbestand verlangt objektiv ein auffälliges Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung. Er verlangt aber a u c h eine subjektiv verwerfliche Gesinnung, nämlich die Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit. Das Gesetz gibt damit zu erkennen, daß es das bloße Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht als sittenwidrig im Sinne von § 138 Abs.1 ansieht.[4] Zu dem gleichen Ergebnis ge-

1) RG 103, 99.
2) Palandt-Danckelmann 1 vor § 339.
3) Vgl. unten S.213.
4) RG 64, 181 (182).

langt man, wenn man bedenkt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Grundsätze des gemeinen Rechts über die Anfechtung eines Veräußerungsgeschäfts wegen laesio enormis bewußt nicht übernommen hat.[1] Die bloße Unverhältnismäßigkeit von Leistung und Gegenleistung macht das Geschäft nicht unwirksam, die bloße Überhöhung der Vertragsstrafe nicht das ganze Versprechen sittenwidrig, vielmehr müssen weitere Umstände hinzukommen, die in Verbindung mit der Höhe der Vertragsstrafe die Sittenwidrigkeit ergeben.[2] Liegt im Einzelfall Sittenwidrigkeit vor, so schließt § 343 die Anwendbarkeit des § 138 nicht aus, da § 343 ein gültiges Versprechen voraussetzt.

bb) Anstößiger Gesamtcharakter

Zusätzliche Umstände, die der Vereinbarung der Vertragsstrafe einen anstößigen Gesamtcharakter geben, können sein: Ausnutzung einer Monopolstellung[3], wucherische Ausbeutung[4], ehrenwörtliche Bestärkung der Wettbewerbsverbotes[5], aber auch die "Ausübung unzulässigen Zwanges durch Festsetzung unverhältnismäßig hoher Strafen für jede noch so unbedeutende Zuwiderhandlung, die in rücksichtsloser Weise die Interessen des einen Teils wahren und auf eine Existenzvernichtung des anderen Teils hinauslaufen" können.[6] Die Anstößigkeit dieser Art von Knebelung im Gegensatz zur bloßen Überhöhung der Vertragsstrafe wird deutlich, wenn man den der Entscheidung des Reichsgerichts (Band 68 S.229) zu Grunde liegenden Fall betrachtet. Dort bezog der Arbeitnehmer ein Jahresgehalt von 2400 Mark und eine etwa gleich hohe Tantieme. Der Arbeitsvertrag sah ein

---

1) Vgl. RG 64, 181 (182).

2) RG JW 1913, 319 Nr.5; 68, 229; WarnRspr.1920 Nr.99, 1921 Nr.90; 85,100 (101); 114,304 (307); HRR 32,1644; BGH LM Nr.1 b zu § 343.

3) RG 114,304 (307).

4) RG WarnRspr. 1920 Nr.99.

5) RG 68,229.

6) RG WarnRspr. 1920 Nr.99.

Wettbewerbsverbot vor, das sehr umfassende und kleinliche Verpflichtungen enthielt wie z.B. die Anzeige des Wohnungswechsels, Erteilung von Auskunft usw. Bei j e d e r Verletzung dieser Pflichten sollte eine Vertragsstrafe von 100.000 Mark verwirkt sein. Unter diesen Umständen konnte bei einem Verstoß in mehrfacher Richtung eine Strafe verwirkt werden, die zu dem erreichten Zweck nicht nur in keinem vernünftigen Verhältnis stand, sondern für den Angestellten ganz u n e r s c h w i n g l i c h war. Aber auch wenn die Strafe nicht unerschwinglich ist und doch so hohe Beträge ergeben kann, daß die wirtschaftliche Existenz des Verpflichteten gefährdet wird, erscheint die Vereinbarung anstößig, insbesondere dann, wenn die Folgen auch ohne Verschulden des Verpflichteten eintreten können.[1] Immer kommt es für die Frage der Sittenwidrigkeit auf alle überhaupt denkbaren Fälle an, während § 343 auf die Auswirkung im Einzelfall abstellt.[2] Nicht alle zusätzlichen Umstände machen eine überhöhte Vertragsstrafe sittenwidrig. Wesen und Zweck der Vertragsstrafe, Druckmittel zur pünktlichen Erfüllung der Schuldnerpflichten und Sicherung eventueller Schadenersatzansprüche zu sein, ergeben z.B., daß die Rechtsordnung die für den Fall der Nichterfüllung ausbedungene Vereinigung des Rechts zur Auflösung des Vertrages mit dem Verfall der Vertragsstrafe nicht als sittenwidrig ansieht.[3]

12. § 75f HGB: Die geheime Konkurrenzklausel

Nach § 75f HGB steht beiden Teilen der Rücktritt von einer Vereinbarung frei, durch die sich ein Prinzipal einem anderen Prinzipal gegenüber verpflichtet, einen Handlungsgehilfen, der bei diesem in Dienst ist oder gewesen ist, nicht oder nur unter gewissen Voraussetzungen

---

1) RG 85,100. Die Fälle der sittenwidrigen Vereinbarung einer Vertragsstrafe sind besonders wichtig für Vollkaufleute, da für sie das richterliche Ermäßigungsrecht nicht gilt, vgl. § 348 HGB.

2) RG JW 1936,179; Erman-Westermann 1 zu § 343.

3) RG HRR 32,1644.

anzustellen. Es handelt sich um eine unvollkommen zweiseitige Verbindlichkeit, aus der "weder Klage noch Einrede" stattfindet. Die Vorschrift betrifft auch den Fall, daß ein Arbeitgeber - V e r b a n d sich gegenüber einem anderen verpflichtet, seine Mitglieder anzuweisen, keine früheren Handlungsgehilfen von Mitgliedern des anderen Verbandes einzustellen.[1)]

a) Die verfassungsmäßige Zulässigkeit

§ 75f wirkt auf den ersten Blick wie ein Fremdkörper im Bereich der §§ 74 ff. HGB. Jene Vorschrift stellt im Gegensatz zu diesen nicht auf das Verhältnis zwischen Unternehmer und Handlungsgehilfen, sondern auf Vereinbarungen unter mehreren Arbeitgebern ab. Dem Wortlaut nach sind alle Vereinbarungen betroffen, durch die die Arbeitgeber sich verpflichten, die derzeitigen oder früheren Handlungsgehilfen ihrer Kollegen nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen einzustellen. Nun werden aber solche Vereinbarungen zu den verschiedensten Zwecken geschlossen, eine wesentliche Gruppe von Fällen bilden zum Beispiel die Absprachen als Antwort auf Arbeitskampfmaßnahmen der Arbeitnehmer oder die Maßregelungssperren.[2)] Legt man die Vorschrift nach ihrem Zusammenhang und ihrer Stellung im Gesetz aus, so ergibt sich jedoch eine wesentliche Einschränkung. Es werden dann nicht mehr alle, sondern nur noch solche Vereinbarungen betroffen, die eine Ausschaltung möglichen W e t t b e w e r b s des Handlungsgehilfen durch Tätigwerden für den anderen Unternehmer bezwekken.[3)] Untrennbar damit verbunden ist aber das Bestreben, die Gehilfen von einer allzu leichtfertigen Aufgabe ihres Arbeitsplatzes abzuhalten und damit dem Arbeitgeber die Unannehmlichkeiten und Kosten einer ständigen Fluktuation

---

1) Baum, Wettbewerbsverbot S.169.

2) Vgl. dazu Bulla, ArbR-Blattei, Arbeitskampf IV, Boykott und Sperre.

3) Schlegelberger-Schröder 1 zu § 75f.

des Personals zu ersparen.[1] Im Prinzip gilt also das gleiche wie bei Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmer und Gehilfen.

Wenn § 75f beiden Teilen den Rücktritt von der Vereinbarung freistellt, so ist damit nicht ein Rücktritt nach den Vorschriften des BGB gemeint, der Unternehmer kann sich vielmehr einfach über die Vereinbarung hinwegsetzen, ohne daß es einer vorherigen Rücktrittserklärung bedürfte.[2] Daraus, daß das Gesetz die Vereinbarung für unverbindlich erklärt, folgt, daß es sie grundsätzlich als gültig ansieht.[3]

Im Laufe der Zeit ist die Wirksamkeit der Bestimmung in zweifacher Hinsicht zweifelhaft geworden. Sie könnte einmal gegen das Grundrecht der Koalitionsfreiheit, zum anderen gegen das Grundrecht der freien Berufswahl verstoßen.

§ 75f enthielt ursprünglich keine eigene Rechtsfolge, sondern verwies auf § 152 Abs.2 GewO. Diese Vorschrift erklärte Koalitionen unter Arbeitnehmern zur Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen für klaglos und stellte jedem Beteiligten den Rücktritt frei. Nach Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung war zweifelhaft geworden, ob die Bestimmung mit Art.159, dem im Privatrecht unmittelbar wirksamen Grundrecht der Koalitionsfreiheit, noch zu vereinbaren war. Man argumentierte, das Recht des Einzelnen auf Zusammenschluß mit seinen Berufskollegen begreife das Recht auf Anerkennung der Koalition als solcher in sich. Wenn aber die Koalition rechtlich anerkannt sei, so müsse man ihr auch das Recht zusprechen, ihre Be-

---

1) Vgl. Faber, Wettbewerbsverbot S.85 ff.; er verweist auf die z.Zt. des Erlasses der Novelle von 1914 geübte Praxis der sog. D-Banken und der Straßenbahnunternehmen und sieht in der Verhinderung der Fluktuation offenbar den Hauptzweck geheimer Konkurrenzklauseln.

2) Altmeppen S.116.

3) Schlegelberger-Schröder 2 zu § 75f; Düringer-Hachenburg-Hoeniger Anm. zu § 75f; zur Bedeutung dieser Gültigkeit vgl. unten S.172.

biehungen rechtlich zu sanktionieren. Eine Bestimmung, die die Grundlagen der Koalition für unverbindlich erkläre, sei deshalb verfassungswidrig.[1] Daß der Gesetzgeber diese Ansicht teilte, zeigt die Aufhebung des § 152 Abs.2 GewO durch § 69 Abs.3 AOG.

Mit den gleichen oder ähnlichen Erwägungen hat man auch versucht, die Klaglosigkeit der geheimen Wettbewerbsklausel für verfassungswidrig zu erklären.[2] Diese Erwägungen lassen aber unberücksichtigt, daß § 75f sich nicht mit der grundsätzlichen Frage der Koalition von Unternehmern, sondern mit einer Einschränkung des Wettbewerbs für den Handlungsgehilfen a u f d e m W e g e einer Vereinbarung der Prinzipale unter sich befaßt.[3] Ein Verstoß gegen das Grundrecht der Koalitionsfreiheit ist deshalb in dieser Vorschrift nicht zu finden.[4] Demtentsprechend hat § 69 Abs.5 AOG im Jahre 1934 den § 75f HGB ohne sachliche Änderung neu gefaßt und seine Fortgeltung angeordnet.

Zweifelhaft erscheint aber, ob Art.12 Abs.1 GG die Gültigkeit geheimer Wettbewerbsabreden weiterhin gestattet. § 75f HGB könnte die Freiheit der Arbeitsplatzwahl in unzulässiger Weise einschränken. Die Freiheit der Wahl von Ausbildungsstätte und Arbeitsplatz erscheint gefährdet, wenn sich die Prinzipale darüber verständigen, gewisse Gehilfen nicht einzustellen. Wenn demgegenüber geltend gemacht wird, kein Arbeitsuchender habe einen Anspruch darauf, daß ihn ein bestimmter Unternehmer einstelle[5], so vermag dieser richtige Hinweis nicht zu befriedigen. Es ist immerhin zu berücksichtigen, daß derartige Vereinbarungen auch zwischen Arbeitgeberverbänden geschlossen

---

1) RG 111,199 (202).

2) So vor allem Düringer-Hachenburg-Hoeniger Anm. zu § 75f.

3) Heeder, Konkurrenzverbot S.123.

4) Staub-Bondi 1 zu § 75f; Heeder, Konkurrenzverbot S.123.

5) So Schlegelberger-Schröder 1 zu § 75f.

werden können, die dann ebenfalls nach § 75f grundsätzlich gültig sind. Geschieht das in größerem Umfang, so kann den Arbeitnehmern dadurch eine weitere Berufstätigkeit bei anderen Unternehmern praktisch unmöglich gemacht oder doch erheblich erschwert werden.[1] Von einer freien Wahl des Arbeitsplatzes kann dann keine Rede mehr sein. Entscheidend muß aber auch hier die Erwägung sein, daß die Grundrechte infolge ihrer historischen Entwicklung in erster Linie Abwehrrechte gegenüber dem Staat und der öffentlichen Gewalt sind, im übrigen aber die Bedeutung einer Wertordnung haben, die im Rahmen der Generalklauseln des Privatrechts ihre Berücksichtigung findet. § 75f HGB kann deshalb nicht als verfassungswidrig angesehen werden.[2]

b) Die geheime Konkurrenzklausel und § 138 BGB

Die geheime Wettbewerbsabrede der Unternehmer zum Nachteil der Gehilfen könnte gegen die guten Sitten verstoßen. Ein gewisses Indiz gegen die Sittenwidrigkeit könnte man vorab darin erblicken, daß das Gesetz solche Klauseln grundsätzlich als gültig ansieht. Die Möglichkeit des "Rücktritts" nach § 75f HGB hat jedoch praktisch die gleiche Bedeutung wie die "Unverbindlichkeit" nach § 74a HGB. Außerdem könnte durch Art.12 GG eine Verschiebung in der Wertung eingetreten sein. § 75f steht deshalb der Annahme, geheime Wettbewerbsklauseln seien sittenwidrig, nicht zwingend entgegen. Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung mag zeigen, ob man sie nur aus Zweckmäßigkeitsgründen getroffen hat oder ob sie Folge der grundsätzlichen Erkenntnis war, daß die geheime Konkurrenzklausel nicht gegen die guten Sitten verstoße.

---

1) Gumpert, BB 55,966.

2) So auch die h.M., vgl. Schlegelberger-Schröder 1 zu § 75f; Würdinger in RGRK-HGB 1 zu § 75f; Nikisch I § 35 VIII; Hueck-Nipperdey I § 38 II A 13; wohl auch Baumbach-Duden B zu § 75f; a.A. Waechter,Betr.51,979; Sturn, BlfStSozArbR 55,318; wohl auch Gumpert, BB 55,966/67.

Anlaß für die gesetzliche Regelung der geheimen Konkurrenzklausel gab die Befürchtung, daß die verschärften Bestimmungen für die eigentliche Konkurrenzklausel ein Ansteigen der geheimen Wettbewerbsklauseln zur Folge haben würden. Man befürchtete eine Umgehung der Schutzvorschriften in den §§ 74 ff. HGB. In dieser Umgehungsmöglichkeit[1] und in der Heimlichkeit[2] solcher Absprachen sah man etwas Gefährliches und Verwerfliches. Beide Argumente sind berechtigt. Die M ö g l i c h k e i t der Umgehung, insbesondere der Karenzentschädigungspflicht, liegt nahe und wird durch die Heimlichkeit und Unkontrollierbarkeit der Abreden erleichtert. Eine Gefahr für Fortkommen und Existenz des Gehilfen stellt die Heimlichkeit dar, weil dieser gar nicht erfährt, weshalb er abgewiesen wird. Es erscheint deshalb verständlich, daß auch im Plenum des Reichstags Stimmen laut wurden, die verlangten, die geheime Konkurrenzklausel wegen Verstoßes gegen die guten Sitten für nichtig zu erklären. In den Kommissionsberatungen wurde dem ersten Entwurf ein § 75f angegliedert, der nicht nur die Nichtigkeit dieser Vereinbarungen aussprach, sondern sogar die Unternehmer schadensersatzpflichtig machte, wenn sie sich trotzdem nach der Abrede richteten.[3] Es ist jedoch nicht zu verkennen, daß die geheime Konkurrenzklausel einem berechtigten Interesse des Unternehmers dienen kann. Es kann dem Unternehmer nicht zugemutet werden, einem ständigen, lästigen und kostspieligen Zu- und Abwandern von Arbeitskräften untätig zuzusehen.[4] Vor allem aber kann nicht unberücksichtigt bleiben, daß den Arbeit n e h m e r n Sperrmaßnahmen gegenüber bestimmten Arbeitgebern grund-

---

1) Aus diesem Grunde hält auch Koslowski, Konkurrenzklausel, S.88/89, die geheime Konkurrenzklausel für sittenwidrig.

2) Vgl. dazu den Auszug aus der Rede des Abgeordneten Marquart bei Faber, Wettbewerbsverbot S.146 f.

3) Vgl. dazu Altmeppen, Konkurrenzklausel S.63. Der weiteren Forderung, solche Abreden auch mit Strafe zu bedrohen, hatte der Entwurf allerdings nicht entsprochen.

4) Faber, Wettbewerbsverbot S.85 ff. mit eingehenden Untersuchungen.

sätzlich gestattet sind. Wenn solche Abreden den Arbeitnehmern erlaubt sind, dann können sie bei den Arbeitgebern nicht sittenwidrig sein.[1] Aus diesen Erwägungen hat man bewußt die Nichtigkeitsvorschrift in den zweiten Regierungsentwurf nicht aufgenommen; sie ist auch nicht Gesetz geworden. Der Gesetzgeber von 1914 (und von 1934) hat also die geheime Wettbewerbsabrede grundsätzlich nicht als sittenwidrig gewertet. Es spricht einiges dafür, dieser gesetzlichen Wertung zu folgen, falls sich nicht aus Art.12 GG andere Wertungsmaßstäbe ergeben.

Ließe sich die geheime Wettbewerbsvereinbarung dem Begriff des Boykotts unterordnen, so wäre damit klargestellt, daß sie grundsätzlich nicht sittenwidrig ist. Denn der Boykott ist ein "erlaubtes und von der Rechtsordnung geduldetes Arbeitskampfmittel zur Austragung gegensätzlicher Anschauungen und Forderungen im Arbeitsleben."[2] Es ist seit langem anerkannt, daß der Boykott grundsätzlich weder als ganzes noch in seinen einzelnen Kampfhandlungen sittenwidrig ist, sondern erst dann sittenwidrig wird, wenn besondere, verwerfliche Begleitumstände vorliegen.[3] Das muß heute mehr denn je gelten, nachdem das Bundesarbeitsgericht, gestützt auf Art.9 GG, entschieden hat, der legitime Arbeitskampf enthalte nicht einmal eine Verletzung des Arbeitsvertrages.[4] Es bestehen aber Bedenken, die geheime Konkurrenzklausel dem Begriff des Boykotts unterzuordnen.

Der Boykott ist die "planmäßige Absperrung eines Gegners vom geschäftlichen Verkehr durch Ablehnung von Vertragsabschlüssen oder Aufforderung zu einer solchen Ablehnung, um ein bestimmtes Kampfziel zu erreichen."[5] Das Kampfziel

---

1) Altmeppen, Konkurrenzklausel S.13, 65, 116.
2) Bulla, ArbR-Blattei, Arbeitskampf IV,V B 2 c dd α
3) RG Recht 08 Nr. 3257; Hueck-Nipperdey II § 49 IX 1.
4) GS BAG 1, 291 ff.
5) Hueck-Nipperdey II § 47 A II 3.

kann verschiedener Art sein; häufig werden bessere Arbeitsbedingungen erstrebt oder Disziplinierungen bezweckt, doch können auch Bestrafung oder Vergeltung die Gründe sein. Entscheidend ist, daß das Kampfziel nie die Sperre als solche ist.[1] Die geheime Konkurrenzklausel aber richtet sich im wesentlichen auf die Verhinderung späteren Wettbewerbs durch den Gehilfen. Dieser Wettbewerb erschöpft sich in der Tätigkeit für den fremden Prinzipal. Die Tätigkeit für den fremden Prinzipal soll aber gerade durch die Abrede unterbunden werden. Das Konkurrenzverbot ist also praktisch nur die Kehrseite der Sperrmaßnahmen In der Verhinderung möglichen Wettbewerbs des Gehilfen nach seinem Ausscheiden läßt sich also nicht die Verfolgung eines über die Sperre h i n a u s g e h e n d e n Kampfzieles finden. Anders kann es allerdings liegen, wenn die Arbeitgeber nur vertragsbrüchige Arbeitnehmer innerhalb der gesetzlichen, tariflichen oder vertraglichen Kündigungsfrist absperren. Hier liegt das Kampfziel in der Disziplinierung der Arbeitnehmer, die veranlaßt werden sollen, ihr Arbeitsverhältnis ordnungsmäßig zu beenden.[2]

Aber auch ohne diese Besonderheiten enthält die geheime Konkurrenzklausel grundsätzlich keinen unzulässigen Verstoß gegen die Wertung des Art.12 Abs.1 GG. Zwar liegt dieser Vorschrift der Gedanke zugrunde, Einschränkungen der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit auch im Privatrecht möglichst zu verhindern, und sie gewährleistet ausdrücklich die hier betroffene Arbeitsplatzwahl.

Das gesamte Grundrecht der Berufsfreiheit steht jedoch unter dem Vorbehalt des Gesetzes.[3] Wenngleich die Einschränkbarkeit der Arbeitsplatzwahl verhältnismäßig gering ist[4], so ergibt sich doch, daß der Gesetzgeber des

---

1) Bulla, ArbR-Blattei, Arbeitskampf IV,II 3, Kampfziel; Hueck-Nipperdey II § 47 A II 3 d; a.A. Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht § 98 III 1 c.

2) Für diesen Ausnahmefall hält auch Gumpert (BB 55,966 f.) die geheime Wettbewerbsklausel für gültig.

3) BVerfG 7, 377 (401 ff.).

4) BVerfG 7, 377 (405 ff.).

Grundgesetzes die Berufsfreiheit nicht schlechthin und unter allen Umständen gewahrt sehen will. Demtentsprechend müssen zumindest solche privatrechtlichen Abreden zulässig sein, die einem billigenswerten Interesse der Arbeitgeber entsprechen und den Arbeitnehmern zuzumuten sind. Auch das BAG läßt - trotz seiner Auffassung von der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte im Privatrecht - privatrechtliche Einschränkungen der Arbeitsplatzwahl zu, soweit sie unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen "vom Standpunkt eines verständigen Betrachters" billigenswert erscheinen.[1)]

Bei der geheimen Wettbewerbsklausel kommt als weiterer Gesichtspunkt noch der Grundgedanke des Art.9 Abs.3 GG hinzu. Das Grundgesetz gewährleistet nicht nur die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer, sondern gestattet andererseits den Arbeitgebern, ihre Interessen gemeinsam wahrzunehmen. Auch daraus ergibt sich, daß die geheime Wettbewerbsvereinbarung als solche nicht sittenwidrig sein kann.[2)]

c) Die Bewertung durch die Rechtsprechung

Dieses Ergebnis entspricht auch der Rechtsprechung des RAG. Das RAG hatte sich zwar, soweit ersichtlich, nicht direkt mit der Gültigkeit geheimer Wettbewerbsklauseln zu befassen. Im Vordergrund stand vielmehr die praktisch bedeutsamere Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer nach § 826 Schadensersatz verlangen kann, wenn er auf Grund einer Abrede zwischen den Unternehmern nicht wiedereingestellt wird, weil der frühere Arbeitgeber seine Zustimmung verweigert. Das RAG hat das Maß der Rücksichtnahme, das der Unternehmer seinem früheren Arbeitnehmer schuldet, an der "Anschauungsweise ehrbarer Kaufleute" gemessen; es hat das Interesse des früheren Arbeitgebers an der Verhinderung des Eintritts bei einer Wett-

1) Vgl. unten S.205 Anm.3.

2) Vgl. unten S.177 Anm.1.

bewerbsfirma und das Interesse des Arbeitnehmers an der Erlangung einer neuen Stelle gegeneinander abgewogen.[1] Voraussetzung ist auch hier, daß der frühere Arbeitgeber in Wahrnehmung berechtigter geschäftlicher Interessen handelt.[2] Wegen seiner Vertrautheit mit den Eigentümlichkeiten hat der Arbeitnehmer in der Regel ein berechtigtes Interesse daran, in seinem bisherigen Erwerbszweig beschäftigt zu werden, und die Grenzen der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit sind jedenfalls dann erreicht, wenn l e b e n s w i c h t i g e Interessen des Arbeitnehmers nicht beachtet werden.[3] Der Vorwurf der Sittenwidrigkeit ist also jedenfalls dann begründet, wenn die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers durch die Verabredung gefährdet wird.

Was für § 826 gilt, muß auch für § 138 gelten, der Begriff der Sittenwidrigkeit ist insoweit einheitlich. Geheime Wettbewerbsabreden sind nach dieser Rechtsprechung grundsätzlich zulässig und nur dann sittenwidrig, wenn sie sich in rücksichtsloser Weise über die lebenswichtigen Interessen des Arbeitnehmers hinwegsetzen oder sein Fortkommen unbillig erschweren. Entsprechend den allgemeinen Vorschriften zu § 138 ist aber hier der Zeitpunkt der Abrede maßgebend. In diesem Zeitpunkt wird der Vorwurf der Sittenwidrigkeit hauptsächlich dann in Betracht kommen, wenn die Unternehmer sich s c h l e c h t h i n gegenseitig verpflichten, keinen früheren Arbeitnehmer des anderen einzustellen, da bei bloßer Zustimmungsbedürftigkeit der Schwerpunkt auf der Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung und der Nichteinstellung liegt.

Schließlich wäre es auch unbegründet, an die geheime Wettbewerbsabrede schärfere Anforderungen zu stellen als an die einfache Konkurrenzklausel. Denn beide dienen dem

---

1) RAG 2, 64 (68).
2) RAG 2, 67; ARS 5, 123 (125 f).
3) RAG ARS 5, 126.

gleichen Zweck, den möglichen Wettbewerb früherer Arbeitnehmer zu verhindern. Die einfache Konkurrenzklausel ist auch nach Erlaß des Grundgesetzes zulässig. Die Beschränkungen ergeben sich aus dem Gesetz. Sittenwidrig ist sie nur, wenn unter rücksichtsloser Mißachtung der Interessen des Arbeitnehmers einseitig die Interessen des Arbeitgebers bevorzugt werden oder sonst das Fortkommen des Arbeitnehmers unbillig erschwert wird. Die Berücksichtigung der verfassungsmäßigen Grundentscheidung führt auch für die geheime Konkurrenzklausel nicht zu deren gänzlicher Mißbilligung, sondern verlangt eine besonders sorgfältige Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers.[1)]

13. Die übrigen Voraussetzungen sittenwidriger Konkurrenzklauseln

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die gesetzliche Regelung der Konkurrenzklausel in den §§ 74 ff. HGB, 133 f GewO, 90 a HGB neben reinen Schutznormen allgemeine sittlich-rechtliche Grundsätze enthält. Diese Grundsätze sind: Eine Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit ist nur zum Schutze berechtigter geschäftlicher Interessen des Befugten zulässig. Sie darf nicht nach Zeit, Ort oder Gegenstand übermäßig ausgedehnt werden, so daß sie zu einer unbilligen Erschwerung des Fortkommens führt; bei der Frage, ob das Fortkommen unbillig erschwert wird, ist die Höhe einer gezahlten Entschädigung zu berücksichtigen. Wer wenig verdient und seine Existenz kaum sichern kann, darf nicht noch durch eine berufliche Beschränkung belastet werden. Die Verpfändung des Ehrenworts zur Verstär-

1) Für die grundsätzliche Zulässigkeit der geheimen Konkurrenzklausel auch heute noch die h.M.: z.B. Schlegelberger-Schröder 1 zu § 75f; Würdinger in RGRK-HGB 1 zu § 75f; aus der älteren Literatur Staub-Bondi 1 zu § 75f; Düringer-Hachenburg-Hoeniger zu § 75f. A.A. Waechter, Betr. 51, 979; Sturn, BlfStSozArbR 55,318; wohl auch Gumpert, BB 55,966.

kung vermögensrechtlicher Verpflichtungen ist nicht gestattet. Unzulässig ist auch eine Vereinbarung, die dem wirtschaftlich überlegenen Vertragspartner die Möglichkeit gibt, einseitig in die Rechtsstellung des wirtschaftlich unterlegenen Teiles einzugreifen.

Die allgemeine Bedeutung dieser Rechtsgrundsätze fordert ihre allgemeine Beachtung bei Überprüfung der Sittengemäßheit von Rechtsgeschäften des Wirtschaftslebens. Wie bereits mehrfach erwähnt, kommt ihnen besondere Bedeutung als Schranke solcher Wettbewerbsklauseln zu, die von den Sondervorschriften nicht geregelt werden. Die in den §§ 74 ff. HGB, 133 f GewO ausgesprochenen sittlichen Unwerturteile gelten auch für Wettbewerbsverbote mit anderen Arbeitnehmern.[1] I n s o w e i t sind die entsprechenden Sondervorschriften deshalb "analog" anzuwenden.[2]

Dabei ist aber zu beachten, daß es für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Geschäftes auf die tatsächlichen Umstände zur Zeit seiner Vornahme ankommt.[3] Eine rückwirkende Sittenwidrigkeit gibt es nicht. Später eintretende Umstände können nur insoweit berücksichtigt werden, als der Vertrag die durch die Änderung geschaffene Sachlage nach dem Parteiwillen mitumfassen sollte und nach allgemeiner Lebenserfahrung mit der Änderung bereits bei Vertragsabschluß zu rechnen war.[4] Die zu den entsprechenden Sondervorschriften entwickelten Anwendungsgrundsätze können also nicht unbesehen übertragen werden.

---

1) Berechtigtes geschäftliches Interesse und Zumutbarkeit nach "Ort, Zeit oder Gegenstand" sind auch bei Wettbewerbsabreden unter selbständigen Gewerbetreibenden die maßgebenden Kriterien; vgl. RG 53,155 (156) mit weit. Nachw. aus der früheren Rechtsprechung; RG 80,219 (224); BGH 5,126 (129).

2) Ähnlich Gross, ArbuR 55,103; zur Rechtsfolge vgl. unten S.231.

3) Enneccerus-Nipperdey II § 191 I 3 u. Anm.13; Erman-Westermann 8 zu § 138; BGH 20, 71 (75) für die letztwillige Verfügung.

4) Würdinger in RGRK-HGB 10 zu § 74a; RG JW 1909,71 Nr.3; 1913,592 Nr.3; BGH, Betr. 58,1007.

Das gilt vor allem für die Kriterien des fehlenden geschäftlichen Interesses und der unbilligen Fortkommensbeschwer. Für die Sittenwidrigkeit kommt es nur darauf an, ob das Interesse bei Abschluß der Konkurrenzklausel vorlag oder nicht. Ein späterer Wegfall führt grundsätzlich ebensowenig zur Sittenwidrigkeit der Abrede wie das nachträgliche Hinzukommen von Umständen, die das Wettbewerbsverbot für den Arbeitnehmer besonders belastend machen.[1)]

Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß die Sonderregelungen zumindest ausdrücklich keine subjektiven Voraussetzungen aufstellen. § 138 setzt aber ein vorwerfbares Handeln voraus. Es muß also auch ein subjektiver Tatbestand vorliegen, d.h. nach h.M. Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis der die Sittenwidrigkeit bedingenden Umstände.[2)] Der Arbeitgeber muß z.B. die drückenden Auswirkungen der Konkurrenzklausel gekannt oder gewissenlos übersehen haben.

Im ganzen ist der Unterschied zwischen § 138 und den Sonderregelungen jedoch nicht sehr groß, da die meisten der herausgestellten Grundsätze ohnehin einen subjektiven Tatbestand beinhalten. Seine geschäftlichen Interessen z.B. kennt der Arbeitgeber, und wenn er fälschlich Interessen für berechtigt hält, die es in Wirklichkeit nicht sind, so kommt es darauf nicht an. Auch bei der ehrenwörtlichen Versicherung liegt notwendig Kenntnis des Arbeitgebers vor, da er nach § 74a Abs.2 S.2 HGB das ehrenwörtliche Versprechen annehmen muß.

14. § 74a Abs.3 HGB: Anwendbarkeit des § 138 BGB auf Wettbewerbsabreden mit Handlungsgehilfen

Nach § 74a Abs.3 HGB bleiben die Vorschriften über die Nichtigkeit sittenwidriger Rechtsgeschäfte auf Wettbe-

---

1) Schlegelberger-Schröder 10 zu § 74a; Würdinger in RGRK-HGB 10 zu § 74a; Grüll, Konkurrenzklausel S.39. Nachträglich eintretende Umstände können aber nach Treu und Glauben die Geltendmachung des Wettbewerbsverbots verbieten, Habscheid, WuW 54,411 f.

2) Vgl. dazu unten S.215 ff.

werbsvereinbarungen mit Handlungsgehilfen anwendbar. Auch diese Vorschrift ist erst durch die Novelle von 1914 in das Gesetz gekommen. Vorher war zum Teil die Ansicht vertreten worden, § 138 als allgemeine Vorschrift werde durch die abweichende Sonderregelung des § 74 HGB verdrängt.[1] Teilweise verfiel man aber auch in das andere Extrem, indem man argumentierte, § 138 als Vorschrift des allgemeinen Teils könne gar nicht durch die Bestimmungen über die Konkurrenzklausel verdrängt werden, da die Rechtsgrundsätze des allgemeinen Teils auf allen Rechtsgebieten zu beachten seien. Auch greife § 74 HGB gar nicht in den Anwendungsbereich von § 138 ein. Denn § 74 schütze gegen die nur unbillige Erschwerung des Fortkommens. Unbillig sei aber weniger als unsittlich. Es handele sich also lediglich um eine soziale Schutzvorschrift für Handlungsgehilfen und nicht um einen Anwendungsfall von § 138.[2]

§ 74a Abs.3 HGB hat klargestellt, daß § 138 neben den handelsrechtlichen Sondervorschriften anwendbar bleibt. Das gleiche gilt für das Verhältnis der §§ 133 f GewO und 90a HGB zu § 138.[3] Da aber schon die Sondervorschriften selbst Tatbestände erfassen, die zumindest objektiv einen Sittenverstoß darstellen, fragt es sich, ob in diesen Fällen wahlweise die Sondervorschrift oder § 138 angewandt werden kann.

Ausgangspunkt muß die Erwägung bilden, daß die Vorschriften über die Grenzen der Wettbewerbsverbote aus dem weiten Gebiet sittenwidriger Rechtsgeschäfte ein engbegrenztes Teilgebiet herausgreifen und selbständig regeln. Allerdings sind Fälle denkbar, in denen die von der Sonderregelung erfaßten Tatbestände nicht sittenwidrig erscheinen. Das hängt damit zusammen, daß die Sonderregelungen teilweise keine subjektiven Voraussetzungen haben und

---

1) Makower III zu § 74a.F.

2) So etwa Werdite, Wettbewerbsverbot S.37.

3) Vgl. oben S.112.

teilweise auch auf den Zeitpunkt der Geltendmachung des Wettbewerbsverbotes abstellen. Diese Tatbestände stehen zu § 138 im Verhältnis zweier sich schneidender Kreise. Für einen Ausschluß von § 138 auch bei den Tatbeständen, die nicht alle Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit enthalten, spricht, daß auch insoweit der t y p i s c h e Fall immer sittenwidrig ist: Wenn der Arbeitgeber kein berechtigtes Interesse an der Einhaltung des Wettbewerbsverbotes hat, so hat er es normalerweise auch schon bei der Vereinbarung nicht, und wenn er eine unbillige Klausel vereinbart, weiß er regelmäßig, daß sie den Arbeitnehmer übermäßig belastet. Entscheidend für den Charakter als ausschließliche Sondervorschriften ist aber die speziellere gesetzliche Bewertung, die in einer differenzierten und zum Teil von § 138 abweichenden Regelung der Rechtsfolgen zum Ausdruck kommt. Mit der "Unverbindlichkeit insoweit" hat das Gesetz eine besondere Bewertung vorgenommen, die für die Behandlung anstößiger Konkurrenzklauseln besser paßt als die Gesamtnichtigkeit. Diese speziellere Bewertung darf man nicht durchkreuzen, indem man wahlweise § 138 heranzieht. Soweit die Sonderregelung reicht, wird § 138 also ausgeschlossen.[1)] Für das Wettbewerbsverbot der Handlungsgehilfen, technischen Angestellten und Handelsvertreter ergibt sich aus alledem, daß § 138 nur anwendbar ist, wenn außer den sondergesetzlichen Tatbestandsmerkmalen a n d e r e Umstände die Annahme der Sittenwidrigkeit nahelegen. Bei gewerblichen Angestellten und Handelsvertretern wird das häufig der Fall sein, da die

---

1) Der Ausschluß von § 138 durch die "Sondervorschriften" wird ganz allgemein betont; vgl. etwa Würdinger in RGRK-HGB 10 zu § 74a; Schlegelberger-Schröder 10 zu § 74a; Grüll, Konkurrenzklausel S.39; Landmann-Rohmer 2 zu § 133 f GewO; Schlegelberger-Schröder 21a zu § 90a. Über das dogm. Verhältnis herrscht wenig Klarheit. Für eine "erläuternde und ergänzende" Konkretisierung: Staub-Bondi 14 zu § 74a; Richter Anm.z.RG JW 28,289; Faber, Wettbewerbsverbot S.30 f.; wohl auch: Würdinger 10 zu § 74a; Düringer-Hachenburg-Hoeniger 16 zu § 74a; Hueck-Nipperdey I § 38 II A 1 c, § 38 II C; Nikisch I § 35 IX. Unklar Schlegelberger 10 zu § 74a. A.A. v.Tuhr II 2 S.38.

Sonderbestimmungen nicht sehr eingehend sind. Aber auch für Handlungsgehilfen ist die Regelung nicht erschöpfend. Es kommen einmal Sachverhalte in Betracht, die von der Sonderregelung nicht erfaßt werden, etwa die Sittenwidrigkeit wegen Wuchers.[1] Außerdem kommt § 138 zur Anwendung, wenn ein von der Sonderregelung erfaßter Tatbestand vorliegt, zu dem aber weitere anstößige Momente hinzukommen, so daß die Klausel in besonderem Maße unsittlich erscheint. Das ist etwa der Fall, wenn dem Gehilfen jede berufliche Tätigkeit und jedes Fortkommen unmöglich gemacht werden.[2] Insbesondere kann eine Häufung der in § 74a Abs.1 u. 2 HGB genannten Verstöße die Anwendung des § 138 begründen.[3] Nicht zuletzt ist auch an den Fall zu denken, daß das Wettbewerbsverbot zwar nach den Sondervorschriften korrekt, aber aus einem anderen Grunde anstößig ist. Ein Beispiel dafür bietet eine Abrede, die es dem Prinzipal gestattet, willkürlich selbst zu bestimmen, wann eine Verletzung seines geschäftlichen Interesses vorliege.[4]

III. Unbefristete Arbeitsverhältnisse, § 624 BGB

Ein Dienstverhältnis, das für die Lebenszeit einer Person oder auf die Dauer von mehr als fünf Jahren eingegangen ist, kann von dem Verpflichteten mit sechsmonatiger Frist gekündigt werden, § 624 BGB.

1. Die positivrechtliche Regelung

Die Vorschrift ist zwingend[5] und gilt für alle Dienstverträge, also nicht nur für Arbeitsverhältnisse. Sie

---

1) Vgl. dazu oben S. 141.

2) Schlegelberger-Schröder 10 zu § 74a.

3) Lehmann-Ring Nr.12 zu § 74a mit weit.Nachw. aus der Rechtsprechung. Ein besonders markantes Beispiel enthält die Entscheidung des RG JW 1928,289 (290).

4) Lehmann-Ring Nr.12 zu § 74a.

5) Vgl. statt aller Denecke in RGRK-BGB 1 zu § 624; Erman-Küchenhoff 1 zu § 624.

gilt auch, wenn ein Handlungsgehilfe auf Lebenszeit angestellt wird.[1] § 624 ist entsprechend auf dienstvertragsähnliche Verhältnisse anwendbar.[2] Das Dienstverhältnis muß für eine längere Zeit als fünf Jahre "eingegangen" sein, d.h. es muß von vornherein für mehr als fünf Jahre vereinbart sein; es reicht nicht aus, daß es tatsächlich so lange bestanden hat.[3] § 624 gilt aber nur für den Arbeitnehmer, der Arbeitgeber kann sich auch auf mehr als fünf Jahre binden.[4]

2. Systematische Bedeutung der Vorschrift

Das Gesetz gibt dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, sich von einem auf längere Zeit eingegangenen Arbeitsverhältnis nach Ablauf von fünf Jahren ohne weitere Voraussetzungen durch Kündigung zu lösen. Berücksichtigt man, daß das Gesetz damit die ursprünglich vorgesehene Höchstdauer[5] von zehn Jahren noch wesentlich unterschritten hat, so ergibt sich ohne weiteres, daß es die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses auf lange Dauer nicht wünscht. Wie sich aus der Beschränkung des Kündigungsrechts auf den Arbeitnehmer ergibt, m i ß b i l l i g t das Gesetz eine lange Bindung des wirtschaftlich unterlegenen und durch das Arbeitsverhältnis meist ganz in Anspruch genommenen Arbeitnehmers. - Im Zusammenhang mit der zeitlichen Befristung der Wettbewerbsverbote wurde bereits auf die wesentliche Bedeutung des Zeitmoments für die Beurteilung der Sittengemäßheit langfristiger Bindungsverträge hingewiesen. Diese Erkenntnis ergab sich aus der Heranziehung der Rechtsgrundsätze über die Gültigkeit der Knebelungs-

---

1) Siebert-Wlotzke-Volze 1 zu § 624.

2) RG 128, 1 (17).

3) Hueck-Nipperdey I § 57 IV.

4) Siebert-Wlotzke-Volze 1 zu § 624; Hueck-Nipperdey I § 57 IV.

5) § 564 Abs.1 des ersten Entwurfs; vgl. dazu Protokolle II 299.

verträge. Das wirft die Frage auf, ob der gesetzgeberische Grundgedanke des § 624 etwa in der Lehre von der Sittenwidrigkeit der Knebelungsverträge zu suchen ist, ob ein eigener sittlich-rechtlicher Grundgedanke in dieser Vorschrift seinen Ausdruck gefunden hat oder auf welchen Erwägungen sie sonst beruht.

a) Die Mißbilligung endloser Verträge durch die Rechtsordnung

Die Vorschrift des § 624 ist nicht die einzige ihrer Art. Entsprechende Bestimmungen enthalten u.a. die §§ 567 S.1, 724 und 1202 Abs.2. § 567 S.1 bestimmt, daß ein Mietvertrag nach Ablauf von 30 Jahren auch dann gekündigt werden kann, wenn er für längere Zeit eingegangen wurde. Diese Vorschrift findet auch auf das Pachtverhältnis Anwendung, § 581 Abs.2. Nach § 724 in Verbindung mit § 723 ist eine auf unbestimmte oder für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangene Gesellschaft jederzeit kündbar. § 1202 Abs.2 gestattet dem Eigentümer eines mit einer Rentenschuld belasteten Grundstücks, die Rentenschuld nach 30 Jahren zu kündigen und abzulösen, auch wenn ausdrückliche Vertragsbestimmungen dem entgegenstehen.[1] Bei den vier wichtigsten Dauerschuldverhältnissen sieht das Gesetz also die Möglichkeit einer zeitlichen Begrenzung vor. Berücksichtigt man weiter die §§ 195, 225, die für Ansprüche eine dreißigjährige Verjährungsfrist vorschreiben und den Parteien die Befugnis zur Verlängerung der Frist entziehen, so folgt daraus, daß längere als dreißigjährige Schuldverhältnisse in keinem Fall erwünscht sind, sondern der Rechtsordnung zuwiderlaufen.[2] Diese Erwägungen

---

1) § 1202 kann in diesem Zusammenhang wegen der Vergleichbarkeit einer Rentenschuld mit einem Dauerschuldverhältnis herangezogen werden. Hierzu und zu § 567: Bauer-Mengelberg, Knebelungsverträge S.83.

2) Bauer-Mengelberg, Knebelungsverträge S.83.

haben die Rechtslehre veranlaßt, aus dem allgemeinen Rechtsgedanken noch für einen anderen Vertragstypus, das Darlehen, eine entsprechende Norm zu entwickeln.[1] Es gibt allerdings auch engere Bestimmungen, neben § 724 (in Verbindung mit § 723) etwa die §§ 624, 75 AktG, 74a Abs.1 S.3 HGB. Die kürzeren Fristen dieser Vorschriften erklären sich aus der besonders starken Bindungswirkung der Wettbewerbsklausel, des Arbeitsverhältnisses und des Gesellschaftsvertrages sowie aus dem Gedanken, der Aktiengesellschaft ein Mindestmaß an Freiheit zu erhalten.[2] Sie beruhen aber auf dem gleichen Grundgedanken, übermäßig lange vertragliche Bindungen zu verhindern. Die Möglichkeit, ein Mietverhältnis auf Lebenszeit einzugehen, § 567 S.2, schließlich zeigt, daß der Höchstgrenze von dreißig Jahren keine absolute Bedeutung zukommt.[3] Doch wird hierdurch der gesetzliche G r u n d s a t z , Verpflichtungen ohne zeitliche Begrenzung nicht anzuerkennen, nur bestätigt. Als Ergebnis ist festzustellen, daß die Möglichkeit, langdauernde Arbeitsverträge nach § 624 durch Kündigung zu lösen, einem Prinzip unserer Rechtsordnung entspricht.[4] Es liegt nahe, diesen Gedanken auf seine Verwendbarkeit im Rahmen des § 138 zu untersuchen.

b) Endlose Verträge und § 138 BGB

Der Verstoß gegen ein Prinzip der Rechtsordnung begründet den Vorwurf der Sittenwidrigkeit dann nicht, wenn es sich um die Verletzung bloßer Ordnungsgrundsätze handelt.[5] Das Geschäft muß einen a n s t ö ß i g e n Gesamtcharakter

---

1) Bauer-Mengelberg, Knebelungsverträge S.84; Oertmann 1 f zu § 609; Wilde in RGRK-BGB 3a und § 609; weitergehend halten Planck-Gunkel 3d zu § 609 den Ausschluß der Kündigungsmöglichkeit des Schuldners für sittenwidrig.

2) Baumbach-Hueck 1 zu § 75 AktG.

3) RG 66, 218; Planck-Brodmann 3 zu § 1061.

4) Bauer-Mengelberg, Knebelungsverträge S.83 ff., besonders S.88.

5) Vgl. oben S. 27.

haben. Die Verhinderung bloßer zeitlicher Unbegrenztheit erscheint aber im wesentlichen als ein Ordnungsakt des Gesetzes. Das mag schon der Verweis auf die Verjährungsvorschriften erklären. Aus der zeitlichen Unbegrenztheit als solcher läßt sich der Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht herleiten.[1)]

Die Verhinderung unabsehbar langer Verpflichtungen könnte zugleich dem Schutz der einzelnen Persönlichkeit vor übermäßiger Bindung der wirtschaftlichen oder persönlichen Freiheit dienen und damit Ausdruck eines gesetzlichen Sittlichkeitsstrebens sein. Betrachtet man die erörterten Vorschriften unter diesem Gesichtspunkt, so ergibt sich die Notwendigkeit der Differenzierung. Beim Arbeitsverhältnis - der häufigsten Erscheinungsform des Dienstverhältnisses - ist dem Arbeitnehmer seine Betätigung vorgeschrieben, eine andere Tätigkeit ist ihm zumeist nicht möglich oder untersagt, das Arbeitsverhältnis nimmt dem Verpflichteten seine wirtschaftliche und persönliche Freiheit. Auch daraus, daß § 624 nur dem V e r p f l i c h t e t e n , also dem Arbeitnehmer, die Kündigung ermöglicht, ergibt sich, daß das Gesetz hier eine zu lange, belastende B i n d u n g verhindern will. Ähnlich liegt es bei der Gesellschaft, die als "Leistungsvereinigung zu gemeinsamem Zweck"[2)] ebenfalls eine erhöhte Bindungswirkung herbeiführt. Anders liegt es beim Mietverhältnis und bei der Rentenschuld, sie können wohl unangenehme Belastungen darstellen und eine Einschränkung der Dispositionsfreiheit zur Folge haben. Regelmäßig führen sie jedoch nicht zu einer Fesselung der wirtschaftlichen Freiheit.[3)] Sie müssen deshalb aus der ferneren Betrach-

---

1) Bauer-Mengelberg, Knebelungsverträge S.95.

2) Enneccerus-Lehmann § 155 I 3.

3) Bauer-Mengelberg, Knebelungsverträge S.33: Auch aus dem Umstand, daß der Mietvertrag auf Lebenszeit geschlossen werden kann, folgt, daß § 567 S.1 nicht den Schutz der wirtschaftlichen Freiheit der Beteiligten bezweckt.

tung ausscheiden. Der Gedanke, daß übermäßige Beschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit anstößig sind, hat seinen Niederschlag in der Lehre von der Sittenwidrigkeit der Knebelungsverträge gefunden. Das Arbeitsverhältnis hat seinem Wesen nach "Wirkungen auf das Zentrum der persönlichen und wirtschaftlichen Existenz" und, wenn es auf mehr als fünf Jahre eingegangen wird, ist es auch auf eine verhältnismäßig "lange Zeitdauer" berechnet. Darüber hinausgehende Merkmale weist die Normsituation des § 624 nicht auf. Sie stellt insbesondere nicht darauf ab, ob die lange zeitliche Bindung auf Grund der "besonderen Umstände" des einzelnen Falles zumutbar[1] ist oder nicht. In der bloßen Vereinbarung des langdauernden Arbeitsvertrages liegt keine Unbilligkeit. Denn anders als etwa bei einseitigen Kündigungserschwerungen verpflichtet sich hier auch der Arbeitgeber auf lange Zeit. Im übrigen bleibt dem Arbeitnehmer für den Fall, daß die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses später unzumutbar wird, die Möglichkeit zur fristlosen Kündigung, § 626. Es fehlt an einem wesentlichen Kriterium für die Klassifizierung als Knebelungsvertrag, und es erscheint zweifelhaft, ob die bloße lange Bindung den Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründet. Aufschluß darüber könnte sich aus den Gründen ergeben, die zum Erlaß der Vorschrift geführt haben.

Die Gesetzgebungskommission konnte sich bei der Abfassung des § 624 auf bekannte Vorbilder stützen. In den neueren Gesetzgebungswerken war es vor allem Art.1780 cc, der den Gedanken aussprach, daß man seine Dienste nur für eine bestimmte Zeit oder eine bestimmte Unternehmung verpflichten könne.[2] Auch zwei preußische Vorschriften, § 7 des Edikts vom 14.9.1811 zur Beförderung der Landeskultur[3]

---

1) Zu den drei Kriterien des Knebelungsvertrages vgl. oben S. 134.

2) Weitere Bestimmungen dieser Art fanden sich in § 1234 sächs.GB; Art.227 hess.Entw.; Art.506 bayr.Entw.; Art. 629 Dresdener Entw.; vgl. Motive II 466.

3) Abgedruckt bei Stoepel, Gesetz-Codex I S.55.

und § 40 der Preußischen Gesindeordnung vom 8.11.1810, enthielten den gleichen Grundsatz für ein engbegrenztes Sondergebiet. Darüber hinaus war dem preußischen Recht der allgemeine Satz nicht fremd, daß ein Dienstvertrag auf Lebenszeit ohne Kündigungsrecht für den Dienstpflichtigen unzulässig und als auf unbestimmte Zeit eingegangen zu behandeln sei.[1)]

Allen diesen Normen liegt der Gedanke zu Grunde, die wirtschaftliche Freiheit des Arbeiters zu e r w e i t e r n. Diese Erwägung war es auch, die den Gesetzgeber veranlaßte, von der zunächst vorgesehenen Höchstdauer von zehn Jahren auf fünf Jahre zurückzugehen.[2)] Der Gesetzgeber wollte dem Arbeitnehmer z u s ä t z l i c h e Garantien geben. § 624 wurde erforderlich, weil man auf dem Standpunkt stand, daß ein übermäßig langer Arbeitsvertrag nicht schon wegen seiner Länge gegen die guten Sitten verstößt.[3)] Wenn der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches von der Auffassung des gemeinen Rechts, das solche Verträge als gültig ansah, abrückte, so tat er es nicht deshalb, weil sich das Sittlichkeitsempfinden in diesem Punkte gewandelt hätte. Auch wollte man den Anwendungsbereich des § 138, § 106 des Entwurfs, auf Dienstverträge nicht durch eine abweichende Konkretisierung einschränken. Vielmehr waren es "sozial-politische und volkswirtschaftliche" Gründe, die den Gesetzgeber veranlaßten, allzu lange Bindungen der Arbeiter an einen Unternehmer zu verbieten.[4)]

Die Rechtsprechung ist der dogmatischen Auffassung des Gesetzes gefolgt. Sie hat bei Dienstverträgen, die auf länger als fünf Jahre abgeschlossen waren, nur ein Kündigungsrecht gegeben und auch dieses nur dem Arbeitnehmer.

---

1) Motive II 467.
2) Prot. II 300.
3) Motive II 466.
4) Motive II 466.

Außerdem wurde betont, daß die weitergehenden Rechtsfolgen des § 138 nicht eingreifen könnten, da solche Verträge nicht sittenwidrig seien.[1] Eine nur scheinbare Ausnahme stellt die Entscheidung des RG (WarnRspr 1913 Nr. 187) dar. Dort hatte sich eine Schauspielerin einem Theaterunternehmer für die ganze Dauer ihrer Bühnenlaufbahn, mindestens aber auf neun Jahre, fest und ausschließlich verpflichtet. Die Einhaltung der Verpflichtung war durch eine Vertragsstrafe von 100 Mark pro Abend oder 2000 Mark für den Monat gesichert. Auch stand es dem Unternehmer frei, darüber zu befinden, ob, wann und wo er die Schauspielerin auftreten lassen wollte. Das Reichsgericht sah diesen Vertrag als sittenwidrig an, da er die Schauspielerin wirtschaftlich völlig von dem Unternehmer a b h ä n g i g mache und in ihrer "Willens- und Bewegungsfreiheit" hemme. Dabei stellte das RG entscheidend auch darauf ab, daß den zu weitgehenden Pflichten der Schauspielerin nur geringfügige Rechte gegenüberstanden, da ihr außer einem Mindestanspruch auf Unterhalt in Höhe von 200 Mark monatlich nur die Hälfte des Reingewinns zugestanden habe, den der Kläger durch Erhöhung seiner Auslagen einseitig habe mindern können. Weiter hob das Gericht hervor, die Schauspielerin habe von ihrem geringen Entgelt noch die hohen Kosten für ihr Repertoire bestreiten müssen, und im Falle ihrer Erkrankung sei sie überhaupt nicht gesichert gewesen. Aus alledem ergibt sich, daß der Bühnenanstellungsvertrag nicht allein wegen seiner langen Dauer, sondern wegen der Häufung drückender Bestimmungen als sittenwidrig angesehen wurde. I n V e r b i n d u n g mit der langen Dauer gaben diese Vereinbarungen dem Vertrag erst den anstößigen Gesamtcharakter.

Die Ansicht der Gesetzgebungskommission und des RG könnten durch Art.12 Abs.1 GG überholt sein. Lange Bindung an ein Arbeitsverhältnis beeinträchtigt die Freiheit der Wahl des Arbeitsplatzes. § 624 erhält dem einzelnen Arbeitnehmer auch dann ein geringes Maß freier Arbeitsplatz-

1) RG WarnRspr 1908 Nr.142, 1916 Nr.22.

wahl, wenn er sich selbst dieser Freiheit begeben hat. Da die Freiheit der Arbeitsplatzwahl auf privatrechtlichem Gebiet grundsätzlich eingeschränkt werden kann, läßt sich § 624 vielleicht als Konkretisierung der privatrechtlichen "Ausstrahlung" des Art.12 GG auffassen, aber nicht als Konkretisierung von § 138. Der Grundgedanke des Art.12 GG kann wohl zu einer Verschärfung bestehender Kriterien des Knebelungsvertrages führen, er kann aber nicht ohne weiteres das wesentliche Kriterium der "Unbilligkeit" oder "Nichtzumutbarkeit" ersetzen.[1)]

Nach alledem gilt für die übermäßig lange zeitliche Befristung ähnliches wie für das Versprechen übermäßig hoher Vertragsstrafen[2)]: Sie sind nicht schon als solche anstößig, sie können es aber werden, wenn zusätzliche Umstände hinzukommen.[3)] Es müssen a l l e Merkmale eines K n e b e l u n g s vertrages vorliegen. Die bloße lange Dauer eines wirtschaftlich oder persönlich bindenden Vertrages genügt nicht. Es muß vielmehr hinzukommen, daß er auf Grund der Umstände des Einzelfalles unbillige und unzumutbare Verpflichtungen auferlegt. Nur dann erscheint das Geschäft anstößig und sittenwidrig.

Vor unzumutbarer dauernder Bindung aus einem Arbeitsvertrag könnte § 626 schützen, und diese Vorschrift könnte eine Konkretisierung von § 138 sein.

---

1) Vgl. oben S.67 und BGH 36, 91 (97 f), wo der BGH von der Auffassung ausgeht, daß rein privatrechtliches Handeln auch dann nicht nach § 826, Art.12 GG schadensersatzpflichtig mache, wenn es sich für einen Berechtigten als Beschränkung der Berufsfreiheit auswirkt.

2) S. 177 f., 166 f.

3) Dieses Ergebnis entspricht auch heute noch der h.M. in der Literatur. Vgl. Staudinger-Nipperdey-Neumann-Mohnen 1 zu § 624; Erman-Küchenhoff 1 zu § 624; Palandt-Gramm 1 zu § 624; wohl auch Denecke in RGRK-BGB Anm. zu § 624 er spricht zwar von der Möglichkeit, daß die Länge der Dienstzeit gegen die guten Sitten verstoße, verweist dann aber auf RG WarnRspr 13 Nr.187; a.A. von Tuhr II 2 S.37 Anm.86 u. S.38. Nipperdey (Enneccerus-Nipperdey II § 191 III 3 a u. Anm.41) sieht die §§ 624, 567, 724 schlechthin als Konkretisierungen von § 138 an.

IV. Das Recht der Kündigung aus wichtigem Grunde, § 626 BGB

§ 626 gibt jedem Vertragspartner die Möglichkeit, ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grunde fristlos zu kündigen.

1. § 626 BGB und die Sondervorschriften

Das Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde ist der wichtigste Fall der außerordentlichen Kündigung. Es gilt für alle Arten von Arbeitsverhältnissen, für die Verträge mit kaufmännischen Angestellten ist es in § 70 HGB ausgesprochen, bei gewerblichen Angestellten gilt § 133 b GewO, bei Landarbeitern § 16 Abs.1 LAO. In allen diesen Fällen verwendet das Gesetz eine Generalklausel, die dem Richter die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles ermöglicht. Anhaltspunkte geben die Beispiele, die das Gesetz in einigen Fällen zur Erläuterung hinzugefügt hat, z.B. in den §§ 71, 72 HGB, 133 c und d GewO, § 16 Abs.2 LAO. Diese Erläuterungen sind jedoch weder erschöpfend noch absolut. Das folgt aus der Bezugnahme der Vorschriften auf die Generalklausel (§ 133 c GewO "insbesondere", § 71 HGB "namentlich") und aus § 71 HGB, der ausdrücklich vorsieht, daß die Kündigung nur zulässig ist, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen.[1] Andererseits ergibt sich hieraus und aus der Erwägung, daß die gesetzlichen Erläuterungen praktischen Wert haben müssen, die Zulässigkeit der Kündigung ohne weiteres, wenn ein aufgeführter Tatbestand vorliegt. Nur besondere, vom Gehilfen nachzuweisende Umstände können ausnahmsweise eine andere Würdigung erfordern.[2]

Abweichend ist das Gesetz bei gewerblichen Arbeitern und Bergarbeitern vorgegangen. Dort hat es nur e i n z e l n e

---

1) Hueck-Nipperdey I § 60 II mit weit. Nachw.; im Ergebnis ebenso Nikisch I § 50 I 2 u. III; anders früh. RG JW 1902,30.

2) Hueck-Nipperdey I § 60 II; a.A. Nikisch I § 50 I 2 mit weiteren Nachweisen.

Gründe als wichtig anerkannt und diese e r s c h ö p f e n d aufgezählt, §§ 123, 124 GewO, 82, 83 ABG.[1] Diese Regelung dient der Rechtssicherheit, berücksichtigt aber lange nicht alle Fälle, in denen eine fristlose Kündigung angezeigt wäre.[2] Entstehende Unbilligkeiten erscheinen dem Gesetz tragbar angesichts der kurzen ordentlichen Kündigungsfrist von 14 Tagen. Denn wenn eine längere Frist vereinbart oder das Arbeitsverhältnis auf mindestens vier Wochen eingegangen ist, berechtigt auch hier j e d e r wichtige Grund zur Kündigung, §§ 124a GewO, 83 a ABG.

Wie sich aus den gesetzlichen Beispielen, namentlich aus § 16 Abs.1 LAO ergibt, wird die außerordentliche Kündigung von dem rechtlichen Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit beherrscht. § 16 Abs.1 LAO bestimmt: "Wichtiger Grund zur sofortigen Lösung des Vertrages ist jeder Umstand, mit Rücksicht auf den die Fortsetzung des Dienstvertrages einer Vertragspartei nicht mehr zugemutet werden kann." Die h.M. sieht hierin mit Recht nicht eine Sonderregelung für Arbeitsverhältnisse mit Landarbeitern, sondern den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens.[3]

2. Sittlich-rechtliche Bedeutung bei übermäßig langer Bindung

Entscheidend wichtig für die Erkenntnis des Rechtscharakters des § 626 ist die Erwägung, daß diese Vorschrift zu Gunsten der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit entscheidet, wenn es einer Partei nicht zumutbar ist, weiterhin die vertraglich übernommenen Pflichten zu erfüllen. Das Gesetz bricht mit dem Grundsatz der Vertragstreue.[4]

---

1) Daß es sich um eine abschließende Regelung handelt, entspricht der h.M.: z.B. Nikisch I § 50 I 2 u. III; Hueck-Nipperdey I § 60 I mit weiteren Nachweisen.

2) Nikisch I § 50 I 2.

3) Hueck-Nipperdey I § 59 Anm.2; Nikisch I § 50 I 2; Herschel, Festschrift f. Nikisch S.60.

4) Erman-Küchenhoff 1 zu § 626.

Wenn dem Gesetz der Schutz der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit soviel bedeutet, kann er auch durch eine abweichende vertragliche Vereinbarung nicht völlig beseitigt werden. Dafür spricht auch, daß § 626 dann eingreift, wenn u n v o r h e r g e s e h e n e Umstände eintreten.[1] Schließlich würde eine vertragliche Abdingung auch deshalb dem Schutzcharakter des Gesetzes nicht gerecht, weil die Arbeitnehmer häufig nicht ganz frei sind bei einer solchen Vereinbarung.[2]

Berücksichtigt man den zwingenden Charakter und sieht man § 626 in Zusammenhang mit § 624, so ergibt sich eine Ergänzung beider Vorschriften. § 624 gibt eine äußerste zeitliche Grenze für den Ausschluß der Kündigungsmöglichkeit, § 626 will diese verhältnismäßig l a n g e Frist abkürzen, wenn einem Teil die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr z u g e m u t e t werden kann. Betrachtet man § 626 nur unter diesem Gesichtswinkel, denkt man also an einen Arbeitsvertrag, der unter Ausschluß der fristlosen Kündigung für länger als fünf Jahre eingegangen wird, so nimmt § 626 zu allen Kriterien eines sittenwidrigen Knebelungsvertrages Stellung: Der Arbeitsvertrag als persönlichkeitsbezogener Dauervertrag hat Auswirkungen auf das "Zentrum der persönlichen und wirtschaftlichen Existenz". Er ist, wenn er auf die Lebenszeit einer Person oder auf länger als fünf Jahre eingegangen wird, "übermäßig lang", und er bleibt dies auch dann, wenn man die Fünfjahresgrenze des § 624 zugrundelegt. Die "Unzumutbarkeit" ergibt sich daraus, daß für die verhältnismäßig lange Zeit jede Kündigungsmöglichkeit genommen wird. Da auch schwere Verfehlungen eines Vertragspartners dem anderen nicht die Möglichkeit geben, sich von seinem Partner zu lösen, wird der Ausschluß jeder Kündigungsmöglich-

---

1) RAG ARS 1943 S.100.

2) Nikisch I § 50 I 3. Vgl. auch oben S.122 . Für den zwingenden Charakter die h.M.: BAG AP Nr.14 zu § 626; Siebert-Wlotzke-Volze 9 zu § 626. Weitere Nachweise aus der umfangreichen Rechtsprechung bei Staudinger-Nipperdey-Neumann-Mohnen 52 zu § 626.

keit (mit Ausnahme der aus § 624) praktisch zu einem "Freibrief für alle denkbaren Pflichtverletzungen" und zu einem einseitigen Verzicht auf "Achtung und Vertragstreue".[1] Es ist auch hier das Verbot der Selbstauslieferung, das einen solchen Knebelungsvertrag verbietet.

Insoweit sind § 626 und die anderen einschlägigen Vorschriften Auswirkungen von § 138.[2] Wenn die Parteien den Arbeitsvertrag nicht nur auf lange Zeit eingehen, sondern außerdem das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund ausschließen, müßte der Vertrag als Knebelungsvertrag nach § 138 nichtig sein, wenn das Gesetz keine Sonderbestimmungen getroffen hätte. Diese Rechtsfolge erscheint dem Gesetz unzweckmäßig. Es ordnet deshalb ein unabdingbares Kündigungsrecht an, das ohne weiteres an die Stelle zuwiderlaufender Vereinbarungen tritt und die Nichtigkeitsfolge des § 138 ausschaltet.

3. Die typischen Anwendungsfälle und ihr Verhältnis zu § 138 BGB

Die e i g e n t l i c h e Funktion der außerordentlichen Kündigung ist jedoch nicht auf die Fälle der übermäßig langen Bindung beschränkt. Derartige Verträge sind ja die Ausnahme, und das außerordentliche Kündigungsrecht gilt für a l l e Arbeitsverhältnisse. Meist steht schon das ordentliche Kündigungsrecht einer übermäßig langen Bindung der Parteien entgegen. Der fristlosen Kündigung kommt dann Bedeutung zu, wenn einem Teil die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zumutbar ist.[3] Mit der langen zeitlichen Bindung fällt ein wesentliches Moment fort, so daß von einem knebelnden Charakter des Arbeitsvertrages nicht mehr gesprochen werden kann. Es erscheint

---

1) Vgl. oben S.161.

2) Ähnlich von Tuhr II 2 S.37 Anm.87, der aber einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung annimmt und außerdem nicht differenziert, da er den gesamten Anwendungsbereich des § 626 hier einordnet.

3) Staudinger-Weber A 724 u. 725 zu § 242; Larenz II § 48 III d.

zweifelhaft, ob sich das außerordentliche Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde auch in diesem Bereich als Auswirkung von § 138 auffassen läßt.

§ 138 ist eine grundlegende Rechtsnorm. Weder das Gesetz noch Rechtsprechung und Rechtslehre können den anstößigen Charakter sittenwidriger Rechtsgeschäfte verleugnen. Die vorstehenden Ausführungen ergaben bereits die Unzulässigkeit genereller Abdingung des Kündigungsrechts aus wichtigem Grunde. Aufschlußreich für die Erkenntnis, welche gesetzliche Wertung hinter § 626 steht, können die Argumente sein, mit denen Rechtsprechung und Rechtslehre die Abdingbarkeit e i n z e l n e r "wichtiger" Kündigungsgründe befürworten oder ablehnen.

a) Die Ansichten über die Abdingbarkeit einzelner Kündigungsgründe

Rechtsprechung und Rechtslehre gehen zumeist von dem Gedanken aus, daß eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grunde nur zulässig sei, wenn dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden könne. Die außerordentliche Kündigung wolle also verhindern, daß eine nicht zumutbare Lage eintrete. Jede Beschränkung der außerordentlichen Kündigung könne vom Kündigenden Unzumutbares verlangen. Da das Recht aber niemandem etwas Unzumutbares zumuten könne, sei eine vertragliche Beschränkung des Rechts zur fristlosen Kündigung ausgeschlossen.[1] Nach dieser Ansicht kommt dem Ausschluß einzelner Kündigungsgründe tatsächliche Bedeutung für die Feststellung zu, ob ein bestimmter Sachverhalt so schwerwiegend ist, daß er die fristlose Kündigung erforderlich macht.[2]

---

1) Hilger, RdA 57,161; BAG AP Nr.14 zu § 626; Nikisch I § 50 I 5; Hueck-Nipperdey I § 59 VII 1 und 2; Staudinger-Nipperdey-Neumann-Mohnen 51 ff. zu § 626; Schnorr v.Carolsfeld 3.394.

2) Nikisch I § 50 I 5; Hueck-Nipperdey I § 59 VII 2; Erman-Küchenhoff 3 zu § 626.

Eine andere Meinung sieht den Grundgedanken des § 626 darin, daß bei jedem Dienstverhältnis n i c h t v o r h e r g e s e h e n e Umstände eintreten können, die eine sofortige Aufhebung des Vertragsverhältnisses verlangen, wenn nicht eine Partei unbillig geschädigt werden soll.[1] Die Vertreter dieser Ansicht tragen folgerichtig keine grundsätzlichen Bedenken, den Ausschluß einzelner - also vorhergesehener - Kündigungsgründe zuzulassen.[2][3]

b) Relative und absolute Unzumutbarkeit

Einen dritten Standpunkt vertritt Herschel.[4] Er geht von einer Untersuchung des Begriffs der Unzumutbarkeit aus und wirft der h.M. vor, diesen Begriff in unzulässiger Weise vereinfacht und dabei übersehen zu haben, daß es Grade der Unzumutbarkeit gebe, die nicht nur quantitativer, sondern auch qualitativer Art seien. Er unterscheidet zwischen a b s o l u t e r und r e l a t i v e r Unzumutbarkeit. Absolute Unzumutbarkeit soll dort vorliegen, wo dem Menschen etwas angesonnen wird, was "gegen die guten Sitten verstößt, was in jedem Falle seine Würde als Person kränkt, was ihn seiner naturrechtlichen Freiheit beraubt, was mit seiner Stellung im Volksganzen schlechterdings unvereinbar ist, was unserer ethischen und juristischen Ordnung widerspricht, kurz was vor dem Recht keinen Bestand haben kann".[5] Relativ unzumutbar

---

1) Denecke in RGRK-BGB 17 zu § 626.

2) Denecke in RGRK-BGB 2 und 17 zu § 626; Schlegelberger-Schröder 9 zu § 70.

3) Vgl. auch die ausführliche Darstellung der vertretenen Ansichten bei Herschel, Festschrift f.Nikisch S.54 ff.

4) Betriebsverfassung 1957 S.181 ff. und Festschrift f. Nikisch S.58 ff.

5) Herschel, Festschrift f. Nikisch S.58/59.

soll sein, was nur mit Rücksicht auf die zwischen den Beteiligten bestehende Rechtsgestaltung unzumutbar ist.

Es liegt auf der Hand, daß diese Unterscheidung - Verstoß gegen grundlegende Prinzipien der Rechtsordnung einerseits, Unbilligkeit nur mit Rücksicht auf die rechtliche Sonderverbindung unter den Parteien andererseits - eine Parallele zu dem grundsätzlichen Unterschied zwischen § 138 und § 242 bildet.[1] Das außerordentliche Kündigungsrecht stellt sich danach als Auswirkung beider Normen dar. Die absolute Unzumutbarkeit aber ist ein Unterfall und kleiner Teilbereich der nur relativen Unzumutbarkeit. Diese Lehre bestätigt die allgemeine Auffassung über das Verhältnis der Grundsätze von "Treu und Glauben" und der "guten Sitten": Nicht jeder Verstoß gegen Treu und Glauben ist auch schon sittenwidrig, aber sittenwidriges Verhalten stellt auch in einer bestehenden Sonderverbindung immer einen, und zwar besonders schweren Verstoß gegen Treu und Glauben dar.[2] Viele der vom Gesetz ausdrücklich als Kündigungsgründe zugelassenen Umstände stellen lediglich Störungen im Bereich der durch Parteivereinbarung begründeten Sonderbeziehung dar, so z.B. auf Seiten des Arbeitnehmers unbefugtes Verlassen des Dienstes (§ 133c Abs.1 Ziff.3 GewO), gelegentliche alkoholische Exzesse, eine bestimmte Krankheit.[3] Auf Seiten des Arbeitgebers kommen gelegentliche Verzögerungen bei der Lohnzahlung oder eine betriebsbedingte Kürzung des Lohnes in Betracht (§ 71 Ziff.2 HGB).[4]

Hinzukommt, daß Rechtsprechung und Rechtslehre[5] in den §§ 626, 70 HGB, 133b GewO und den entsprechenden Vor-

---

1) Vgl. oben S. 91.

2) So Larenz I § 10 I mit weiteren Nachweisen; vgl. auch oben S. 92.

3) Herschel, Festschrift f.Nikisch S.60.

4) Sofern es sich nicht um tarifliche Ansprüche handelt, vgl. § 4 Abs.4 TVG; allgemein zur Lohnkürzung bei Existenzgefährdung des Betriebes Nikisch I § 42 I 3.

5) Staudinger-Weber A 726 zu § 242 mit umfangreichen Nachweisen.

schriften beim Auftrag und - darauf sei besonders hingewiesen - bei der Gesellschaft, §§ 671 Abs.3, 723 Abs.1 S.2 und Abs.3, 133 Abs.1 und 3 HGB, den Ausdruck des allgemeinen Rechtsgedankens sehen, daß Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grunde fristlos kündbar seien.[1] Dieses Kündigungsrecht leitet der Bundesgerichtshof s e l b s t ä n d i g aus § 242 BGB her.[2] Berücksichtigt man, daß § 626 Billigkeitserwägungen erfordert, und diese für sich allein zwar für § 242, nicht aber für § 138 typisch sind, so spricht auch das dafür, das fristlose Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde im überwiegenden Teil seines Anwendungsgebietes als Konkretisierung von § 242 und nicht von § 138 anzusehen. Eine Auswirkung von § 138 ist es - abgesehen von den bereits erörterten Fällen übermäßig langer Bindung - nur in Ausnahmefällen und zwar dann, wenn das Arbeitsverhältnis durch Umstände gestört wird, die zugleich einen Verstoß gegen fundamentale Grundsätze unserer Rechtsordnung enthalten. Ein solcher Tatbestand findet sich z.B. in § 71 Ziff.3 HGB. Dort nennt das Gesetz als wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung des Arbeitnehmers die Weigerung des Unternehmers, die ihm nach § 62 HGB obliegenden Schutzpflichten zu erfüllen. § 62 HGB regelt einen Teilbereich der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und leitet aus ihr die Mindestanforderung her, den Arbeitnehmer vor ganz bestimmten Gefahren für Leib und Seele zu schützen. Die Vorschrift enthält einen allgemeinen Rechtsgedanken, der auch in den entsprechenden Bestimmungen der §§ 120a, 120b GewO, vor allem aber in den §§ 617, 618 zum Ausdruck kommt. Leben und Gesundheit, Sittlichkeit und Religion werden von der Rechtsordnung als Grundlage der menschlichen Würde und Persönlichkeit anerkannt, Art.1, 2 Abs.2, 4 und 6 GG. Gewöhnliche Austauschverträge des Pri-

---

1) Vgl. auch Beitzke, Dauerschuldverhältnisse S.21, wonach Dauerschuldverhältnissen ein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde immanent ist.

2) BGH NJW 1951, 836.

vatrechts verhalten sich gegenüber diesen Werten neutral.[1] Anders steht es beim Arbeitsverhältnis, weil es die ganze Persönlichkeit des Menschen in Anspruch nimmt. Auch hat der Arbeitnehmer wegen seiner beschränkten finanziellen Mittel und seiner persönlichen Abhängigkeit vom Unternehmer meist nicht die Möglichkeit, die Voraussetzungen für einen wirksamen Gefahrenschutz zu schaffen. Wenn aber der Unternehmer die Persönlichkeit des Arbeitnehmers in Anspruch nimmt, so hat er auch für ihren Schutz zu sorgen. In besonderem Maße gilt das, wenn das Arbeitsverhältnis nicht nur zur Betriebs-, sondern auch zur Lebensgemeinschaft führt, weil der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in sein Haus aufnimmt, § 618 Abs.2, § 62 Abs.2 HGB. Dieser ihrer grundlegenden Bedeutung entsprechend begründen die genannten Vorschriften kraft Gesetzes Grund- und Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis.[2] Ihre Orientierung an entscheidenden Werten unserer Rechtsordnung läßt in ihnen einen Grundgedanken des modernen Arbeitsrechts erkennen. Soweit die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers an den Grundwerten unserer Rechtsordnung ausgerichtet ist, enthält sie Mindestanforderungen, deren Abdingung mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses unvereinbar ist und nicht nur gegen die ausdrücklichen Vorschriften[3], sondern auch gegen die guten Sitten verstößt.[4] Wenn aber die Abdingung dieser Vorschriften gegen die Rechts- und Sittenordnung verstößt, dann führt auch ihre Nichtbeachtung einen Zustand herbei,der von der Rechts- und Sittenordnung nicht geduldet werden kann. Es ist deshalb ein Gebot der guten Sitten, daß der Arbeitnehmer in solchen Fällen fristlos kündigen kann.

---

1) Vgl. Larenz, Schuldrecht I § 5 IV 2; über die Behandlung von Verträgen, die einen Partner in Widerspruch mit Gewissenspflichten bringen, vgl. Larenz, Schuldrecht I § 10 II c mit weit.Nachw.

2) Staudinger-Nipperdey-Neumann-Mohnen Vorb.2 zu § 617; Schultzenstein, ArchBR 23, 223.

3) §§ 619, 62 Abs.4 HGB.

4) So Nikisch I § 56 IV 2; Wallach, Nichtige Kündigungen S.24; für ArbN, die in die häusliche Gemeinschaft des ArbG aufgenommen sind, vgl. auch Prot.II 285 sowie die bei Schultzenstein, ArchBR 23,224 Anm.9 aufgeführte Li-

V. Unbillige Erschwerung der Kündigung

Ein von Rechtsprechung[1] und Rechtslehre[2] anerkannter Grundsatz besagt, daß Abreden, die die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses einseitig in unbilliger Weise erschweren, nichtig sind. Als unzulässig wird es insbesondere angesehen, wenn die Kündigung erhebliche Vermögensnachteile für den Arbeitnehmer zur Folge hat. Solche Vermögensnachteile können sein: Vertragsstrafe, Kürzung des Lohnes für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist, Wegfall freiwilliger Leistungen des Arbeitgebers (Gratifikationen und Treuprämien), Verpflichtung zur Rückzahlung bereits empfangener Lohnvorauszahlungen oder freiwilliger Leistungen.

Mag die Kündigung auch rechtlich zulässig bleiben, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß finanzielle Nachteile der aufgeführten Art die Kündigung praktisch erschweren und daher geeignet sind, die Entschlußfreiheit des Arbeitnehmers wesentlich zu beeinflussen. Das BAG[3] sah bislang - in Übereinstimmung mit einem Teil der Lehre[4] - eine solche einseitige Aufhebung der Entschlußfreiheit als Verstoß gegen einen in den §§ 67 HGB, 122, 133 aa Abs.1 GewO, 81 Abs.2, 88 a Abs.1 ABG enthaltenen Grundsatz der Kündigungsgleichheit und deshalb als unwirksam an. Neuerdings leitet das BAG das Verbot einseitiger unbilliger Kündigungserschwerung unmittelbar aus Art.12 GG her.[5] In dieser, bereits mehrfach erwähnten[6] Entscheidung sieht der 1. Senat auf Grund seiner Auffassung von

---

teratur unentschieden Lotmar, Vertrag Anm.281.

1) RAG 5, 52 (56); BAG 1, 36 (41); 2, 322 (325); 9, 252; NJW 1962, 1981.

2) Lotmar, Arbeitsvertrag I S.426; Titze, Handbuch II 2 S.681; Hueck-Nipperdey I § 57 VI 3; Nikisch I § 49 IV 1; Staub-Bondi 9 zu § 67; Staudinger-Nipperdey-Neumann-Mohnen 85 zu § 620; Molitor, Kündigung S.170.

3) BAG 2, 325 und 9, 252.

4) Hueck-Nipperdey I § 57 VI 3; Staudinger-Nipperdey-Neumann-Mohnen 85 vor § 620; Landmann-Rohmer 2 zu § 122.

5) BAG NJW 1962, 1981 ff.

6) Vgl. oben S.109 und S.121.

der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte im Privatrecht in einer unbilligen einseitigen Kündigungserschwerung einen Verstoß gegen das durch Art.12 GG gewährleistete Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes.[1)]

1. Die unmittelbare Bedeutung der §§ 67 HGB, 122 GewO

§ 67 Abs.1 und 4 HGB, § 122 GewO u.a. lassen die Vereinbarung anderer als der gesetzlichen Kündigungsfristen nur zu, wenn die Fristen für beide Teile gleich sind. Über diesen klaren Sachverhalt hinaus wird man auch solche Vereinbarungen als nichtig ansehen müssen, die zur Umgehung dieser Vorschriften getroffen sind, z.B. wenn die Kündigung für eine Partei zeitweise ganz ausgeschlossen ist oder wenn bei gleichen Fristen verschiedene Kündigungstermine vorgesehen sind, etwa bestimmt ist, der eine dürfe nur zum Schluß des Vierteljahres, der andere dagegen zum Monatsende kündigen.[2)] Ebenso ist es zu bewerten, wenn nur e i n e r Partei ein über das gesetzliche außerordentliche Kündigungsrecht hinausgehendes fristloses Kündigungsrecht eingeräumt ist[3)]; denn auch damit wird einseitig die Kündigungsfrist abgekürzt. Hier aber dürfte die Grenze erreicht sein. Von anderen als zeitlichen Beschränkungen der Kündigungsfreiheit ist in den Bestimmungen keine Rede. Auch aus dem Zusammenhang, in den das Gesetz die Vorschriften gestellt hat, ergibt sich nichts dafür, daß ein a l l g e m e i n e r Grundsatz der Kündigungsgleichheit aufgestellt werden sollte. Vielmehr behandelt das Gesetz beide Vorschriften ausschließlich im Rahmen der Kündigungsfristen, also der zeitlichen Begrenzung des Arbeitsverhältnisses. Auch handelt es sich bei der abweichenden Vereinbarung von Kündigungsfristen

---

1) Wegen des anzulegenden Maßstabes vgl. unten S.205 ff.

2) Titze, Handb. II 2 S.681; vgl. auch Staudinger-Nipperdey-Neumann-Mohnen 85 vor § 620.

3) Staudinger-Nipperdey-Neumann-Mohnen 85 vor § 620.

um r e c h t s g e s c h ä f t l i c h e Beschränkungen der Kündigungsfreiheit, während bei einer e r s c h w e r e n d e n Nebenabrede die Kündigung rechtlich frei bleibt.[1] Schließlich spricht für diese Ansicht der Geltungsbereich der Vorschriften. Sie gelten nämlich nicht für alle Arbeitnehmer. Für Arbeitsverhältnisse, die nur den Vorschriften des BGB unterstehen, gibt es keine entsprechenden Bestimmungen; das gleiche gilt für die Arbeitsverhältnisse der Landarbeiter.[2] Auch der Versuch des Bundesarbeitsgerichts[3], die Bestimmungen auf die nichterfaßten Arbeitnehmergruppen auszudehnen, ist abzulehnen, zumal das Gesetz selbst in den §§ 624, 133 a b GewO, 68 HGB weitgehende Ausnahmen zuläßt.[4] Es wäre aber seltsam, wenn ein so allgemeines Problem wie das der Kündigungserschwerung von der Zufälligkeit gesetzlicher Sonderbestimmungen abhängig wäre. Vermögensrechtliche Erschwerungen der Kündigungsfreiheit können deshalb nicht nach den §§ 67 HGB, 122 GewO usw. als nichtig angesehen werden.[5]

2. Die sittlich-rechtlichen Schranken der Kündigungserschwerung

Als Schranke für die Vereinbarung einer Kündigungserschwerung kommt nur § 138 in Betracht. Um das gleiche Problem handelt es sich, wenn das Kündigungsrecht für solche Arbeitnehmer einseitig beschränkt oder ausgeschlossen wird, die von den Spezialvorschriften nicht erfaßt werden. Einseitige Erschwerungen und Beschränkungen oder gar der einseitige Ausschluß des Kündigungsrechts begegnen aus zwei

---

1) Lotmar, Arbeitsvertrag I S.446.

2) Hueck-Nipperdey I § 57 VI Anm.26.

3) BAG 2, 322 (325).

4) Hueck-Nipperdey I § 57 VI 1. Eine Ausdehnung der Sondervorschriften auf alle Arbeitnehmer, wie BAG 2, 325 will, wird ganz überwiegend abgelehnt, vgl. RG JW 1904, 233; Staudinger-Nipperdey-Neumann-Mohnen 84 vor § 620; Nikisch I § 49 IV 1.

5) Im Ergebnis ebenso: Lotmar, Arbeitsvertrag I S.446; Titze, Handbuch II 2 S.681; Staub-Bondi 9 zu § 67; Nikisch I § 49 IV 1

Gründen sittlichen Bedenken: Einmal können sie den Arbeitnehmer an seinen Arbeitsplatz binden. Zum anderen kann nicht unberücksichtigt bleiben, daß die jedem Arbeitsverhältnis eigene wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers[1] durch Beschränkung, Erschwerung oder Ausschluß der Kündigung eine entscheidende e i n s e i t i g e Verschlechterung erfahren kann.

Zwar ist hier nicht so sehr wie bei dem einseitigen Ausschluß der f r i s t l o s e n Kündigung die Besorgnis maßgebend, daß die Partei damit einen Freibrief für alle möglichen Pflichtverletzungen erhalte, aber die einseitige Einschränkung der Kündigung zu Gunsten des Arbeitgebers in Verbindung mit der personlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers lassen dessen Rechtsstellung als u n w ü r d i g erscheinen.

a) Die gesetzliche Mißbilligung einseitiger Beschränkung des Arbeitnehmers

Schon die Möglichkeit einseitiger Einflußnahme auf die V e r m ö g e n s verhältnisse eines anderen erscheint dem Gesetz bedenklich. Es ordnet deshalb in § 168 die Widerruflichkeit der Vollmacht, in § 310 die Nichtigkeit eines Vertrages über das künftige Vermögen an. Auf dem gleichen Gedanken beruht es, wenn § 39 verhindern will, daß ein Vereinsmitglied dauernd der Herrschaft der Majorität ausgeliefert ist.[2] Stärker noch wiegt dieses Bedenken bei Rechtsverhältnissen, die wie etwa die Personalgesellschaften auf persönliches Vertrauen gegründet sind. Hier ist eine einseitige Beherrschung einer Minder-

1) Der umgekehrte Fall wird bei der ordentlichen Kündigung kaum praktisch werden, da der Arbeitgeber vom einzelnen Arbeitnehmer weder persönlich noch in der Regel wirtschaftlich abhängig ist und bei einer Störung des persönlichen Vertrauensverhältnisses die außerordentliche Kündigung offensteht.

2) Zu diesen Beispielen vgl. von Tuhr II 2 S.36 ff.

heit durch eine Mehrheit besonders unbillig. Das Gesetz gibt deshalb dem einzelnen Gesellschafter die Möglichkeit, sich durch ein jederzeitiges Kündigungsrecht von der Verbindung zu lösen, § 723 Abs.1 S.1 BGB, ähnlich § 131 Ziff. 6 HGB. Anstößig kann, wie bereits dargelegt[1], die Vereinbarung sein, daß eine Wettbewerbsabrede auch für den Fall grundloser Kündigung des Berechtigten gelten soll. Das Gesetz bringt die Mißbilligung solcher Abrede in § 75 Abs.2 HGB zum Ausdruck. Diese Vorschrift geht von dem Grundgedanken aus, daß die abhängige Stellung des Arbeitnehmers nicht noch durch eine einseitige Ausgestaltung der Rechte des Arbeitgebers verschlechtert werden dürfe. Trotz der verschiedenen Einzelgestaltung, die dort stärker die Gefahr der Willkür hervortreten läßt, während hier die einseitige Einwirkungsmöglichkeit des Arbeitgebers und die damit verbundene Schwächung der Position des Arbeitnehmers als solche im Vordergrund stehen, gibt der gleiche Grundgedanke auch hier zu Bedenken Anlaß.

Nicht zuletzt aber ist an § 67 HGB, § 122 GewO und die anderen Sondervorschriften zu denken, die ungleiche Kündigungsfristen verbieten. Auch aus diesen Bestimmungen geht hervor, daß das Gesetz die einseitige Abhängigkeit des Arbeitnehmers von der freien Ausübung eines Gestaltungsrechts durch den Arbeitgeber nicht wünscht. Neben der Mißbilligung einseitiger Bindung des Arbeitnehmers ist der Rechtsgedanke der Berufsfreiheit, Art.12 GG, entscheidend. Das Recht der freien Wahl des Arbeitsplatzes gewährleistet auch das Recht, den gewählten Arbeitsplatz aufzugeben und zu wechseln.[2] In Verbindung mit den anderen, gegen die Zulässigkeit einseitiger Benachteiligung des Arbeitgebers sprechenden Vorschriften ist Art.12 GG geeignet, die Bedenken gegen einseitige Erschwerungen des

---

1) Vgl. oben S.159 ff.

2) Vgl. oben S.122 Anm.2.

Kündigungsrechts zu verstärken.[1]

b) Zulässige Erschwerungen

Schon aus den bisherigen Ausführungen folgt, daß von einer einseitigen, den Fällen des § 75 Abs.2 HGB vergleichbaren Bindung des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber nur dann die Rede sein kann, wenn das Kündigungsrecht des Arbeitnehmers e r h e b l i c h beschränkt oder w e s e n t l i c h erschwert ist. Aber es gibt auch noch andere Gründe, die dafür sprechen, nicht schlechthin alle Beschränkungen oder Erschwerungen, die als unbillig empfunden werden könnten, für sittenwidrig zu erklären.[2] Einschränkungen ergeben sich aus den berechtigten Interessen des Arbeitgebers.

Auch das BAG[3] sieht solche Beschränkungen als zulässig an, die "unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles nach Treu und Glauben dem Arbeitnehmer zuzumuten" sind und "vom Standpunkt eines verständigen Betrachters aus einem begründeten und zu billigenden Interesse des Arbeitgebers" entsprechen. Diese, nach den grundsätzlichen Ausführungen des Gerichts über die privatrechtliche Bedeutung des Grundrechts der freien Arbeitsplatzwahl überraschend konservativen Kriterien sind auch für die Feststellung der Sittenwidrigkeit maßgebend. Es entspricht einem allgemeinen Grundsatz, die beiderseitigen Interessen gegeneinander abzuwägen, wenn die Sittenwidrigkeit von Bindungsverträgen zu beurteilen ist. § 74a Abs.1 S.1 und 2 HGB sprechen insoweit ein allgemeines Prinzip aus.[4]

---

1) Für die Behandlung von Kündigungserschwerungen unter dem Gesichtspunkt des § 138 haben sich ausgesprochen: RAG 5,52 (56 ff.); Staub-Bondi 9 zu § 67; Lotmar, Arbeitsvertrag I S.446; Titze, Handbuch II 2 S.634 u.681; Nikisch I § 49 IV 1; vgl. auch Hueck-Nipperdey I § 57 VI 1 für eine unter Machtmißbrauch vereinbarte einseitige Einschränkung des Kündigungsrechts.

2) So aber Lotmar, Arbeitsvertrag I S.446 u. für die Kündigungsbeschränkung auch Nikisch I § 49 IV 1.

3) NJW 1962, 1982.

4) Vgl. oben S.118 ff.

Als billigenswertes Interesse des Arbeitgebers für eine gewisse Beschränkung des Kündigungsrechts muß - wie bei der Wettbewerbsabrede - das Bestreben angesehen werden, einer lästigen und kostspieligen Fluktuation der Arbeitskräfte entgegenzutreten. Der Unternehmer kann ein berechtigtes Interesse daran haben, seine Arbeiter zu längerem Verbleiben in seinem Betrieb a n z u s p o r n e n . Dieses Interesse rechtfertigt vor allem Erschwerungen, die das Verbleiben des Arbeitnehmers im Betrieb nach einer auf Kosten des Arbeitgebers durchgeführten Ausbildung für eine gewisse Zeit sichern sollen. Deshalb ist es zu billigen, wenn das BAG in der oben erwähnten Entscheidung die Vereinbarung für zulässig erklärte, mit der sich ein Angestellter verpflichtete, sein für die Dauer eines Fortbildungslehrgangs freiwillig weitergezahltes Gehalt zurückzuerstatten, falls er im Ablauf von drei Jahren nach dem Ende der Fortbildung kündige.

Der gleiche billigenswerte Zweck kann aber auch sonst freiwilligen Zuwendungen zugrundeliegen. Wie es dem Arbeitgeber freisteht, gekündigte Arbeitnehmer vom Empfang einer freiwilligen Gratifikation auszuschließen, so kann er sich auch die Rückzahlung ausbedingen, falls der Arbeitnehmer bald darauf ausscheidet.[1] Im Gegensatz zu einer früheren Entscheidung des BAG[2] wird man jedoch nicht entscheidend darauf abstellen können, ob es sich um freiwillige oder um vertraglich vereinbarte Zuwendungen handelt. Auch die Vereinbarung einer Gehalts- oder Lohnkürzung für den Fall vorzeitiger Kündigung kann berechtigt sein, nämlich dann, wenn der Unternehmer seine Arbeiter durch b e s o n d e r s g u t e Bezahlung am Geschäft interessieren und zu weiterem Verbleiben anspornen wollte.[3]

---

1) Nikisch I § 49 IV 1 a.E., i.Erg. ebenso BAG 9, 252 = AP Nr.15 zu § 611 (Gratifikation).

2) Vgl. Anm.1.

3) Titze, Handbuch II 2 S.634.

Die Abgrenzung zur Sittenwidrigkeit kann in allen diesen Fällen weder aus einer - zu engen - begrifflichen Unterscheidung zwischen "Vermögensnachteil" und "Rückgängigmachung eines Vermögensvorteils"[1], noch aus einer - zu weiten - Orientierung an den Grenzen des Wuchers[2] gefunden werden. Die immanenten Schranken zulässiger einseitiger Bindung ergeben sich aus ihrem Wesen. Sie werden überschritten, wenn der Arbeitnehmer ungebührlich lange an den Betrieb gebunden werden soll[3], etwa vereinbart wird, daß eine Weihnachtsgratifikation nicht nur innerhalb der nächsten Monate, sondern sogar innerhalb des ganzen folgenden Jahres zurückverlangt werden kann.[4] Eine unzulässige Bindung an den Betrieb wird zumeist auch dann vorliegen, wenn bei Vereinbarung einer Lohnkürzung der verbleibende Lohn, ohne wucherisch zu sein, auffallend niedrig ist.[5] Sittenwidrig wird in der Regel auch die Kombination mehrerer Vermögensnachteile sein.[6]

VI. Lohnwucher und Hungerlohn

1. Der Lohnwucher

Der Lohnwucher ist eine bestimmte Erscheinungsform des wucherischen Geschäfts.[7] Die Wucherbestimmung des § 138 Abs.2 ist die wohl einzige Vorschrift, die vom Gesetz selbst ausdrücklich als Spezialfall von § 138 Abs.1 ge-

---

1) So aber BAG 9, 254, das sich damit in Widerspruch zu seiner eigenen Auslegung des Begriffs des Vermögensnachteils in BAG 1,41 setzte. Nunmehr überholt durch BAG NJW 1962, 1981 ff.

2) So aber Titze, Handbuch II 2 S.634.

3) Nikisch I § 49 IV 1 a.E.

4) Im Ergebnis ebenso BAG 9, 255.

5) RAG 5, 56; etwas enger Staub-Bondi 9 zu § 67. Er hält Lohnkürzungen für zulässig, wenn die verbleibende Vergütung zur Bestreitung des notwendigen Unterhalts ausreicht und angemessen im Verhältnis zur Leistung ist.

6) RAG 5, 56.

7) Zur Geschichte des Wucherbegriffs Enneccerus-Nipperdey II § 192 I.

kennzeichnet ist. Das ergibt sich aus der Verknüpfung beider Vorschriften durch das Wort "insbesondere".[1]

a) Die allgemeinen Merkmale des Wuchers

Der Wucher hat eine zweifache objektive und eine subjektive Voraussetzung. Objektiv setzt er zunächst ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraus. Ein solches Mißverhältnis liegt vor, wenn die Gegenüberstellung der Leistungen verglichen mit dem verkehrsüblichen Ausgleich eine erhebliche Ungleichheit erkennen läßt.[2] Der Wertunterschied zwischen Leistung und Gegenleistung muß auffällig sein; dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen.[3] In Betracht kommen vor allem: Einkalkulierung des Risikos[4], Sicherheitsstreben im kaufmännischen Verkehr, Entwertungsgefahr und Wirtschaftskonjunktur.[5]

Weiter ist erforderlich, daß sich ein anderer in einer Notlage befand, leichtsinnig oder unerfahren war. Das wird in der Regel der Bewucherte selbst sein, es kann aber auch ein Dritter sein.[6] Notlage ist nicht gleichbedeutend mit Vermögenslosigkeit oder Unpfändbarkeit. Es genügt eine gegenwärtige Mittellosigkeit, die die wirtschaftliche Existenz bedroht.[7] Dabei braucht es sich

---

1) H.M. vgl. etwa Lotmar, Vertrag S.100; Weyl, Verschuldensbegriffe S.219; Enneccerus-Nipperdey II § 192 IV; BGH LM Nr.1 zu § 138 (Bc); Larenz I § 5 II b; a.A. Hölder, DJZ 08,46 (50).

2) Erman-Westermann 12 zu § 138.

3) H.M. vgl. Enneccerus-Nipperdey II § 192 II Anm.2 mit weit.Nachw.

4) RG JW 1909, 215.

5) Erman-Westermann 12 zu § 138.

6) RG WarnRspr 1911 Nr.109; RAG 17,289 (292); Enneccerus-Nipperdey II 192 II 1 a.

7) BGH BB 54, 175; Erman-Westermann 12 zu § 138.

nicht um eine w i r t s c h a f t l i c h e Notlage zu handeln. Das Gesetz läßt jede Notlage, also z.B. auch eine politische ausreichen.[1]

Leichtsinnig ist das Erstreben von Zielen auf dem erstbesten Wege ohne Rücksicht auf die Folgen.[2] Unerfahrenheit bedeutet "Mangel an Lebenserfahrung und Kenntnis geschäftlicher Dinge".[3] Hauptbeispiel ist jugendliches Alter, doch sind auch geistige Beschränktheit[4] und Geistesschwäche[5] hierher zu rechnen.

In subjektiver Hinsicht setzt der Wucher die A u s b e u t u n g der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit voraus. Ausbeutung heißt Ausnutzung, eine besondere Ausbeutungsabsicht ist nicht erforderlich.[6] Es genügt die Kenntnis der besonderen Lage des Geschäftsgegners oder des Dritten und das Bewußtsein von Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.

b) Die Besonderheiten des Lohnwuchers

In den Fällen des Lohnwuchers führt die Frage nach dem Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zumeist zu einer Gegenüberstellung der versprochenen Arbeit und des zugesagten Lohnes. Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen ist vergleichsweise der a n g e m e s s e n e , bei Abweichung der v e r k e h r s ü b l i c h e Lohn heranzuziehen.[7] Bei der weiten Verbreitung der Tarif-

---

1) Enneccerus-Nipperdey II § 192 Anm.4; Staudinger-Coing 35 zu § 138; a.A. Erman-Westermann 13 zu § 138; der BGH (BB 54,175) läßt eine wirtschaftliche Notlage dann genügen, wenn sie mit einer Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz verbunden ist.

2) OLG Braunschweig, SeuffArch 65 Nr.89; Enneccerus-Nipperdey II § 192 II Anm.5; Erman-Westermann 13 zu § 138.

3) RAG 5, 52.

4) Enneccerus-Nipperdey II § 192 II Anm.5.

5) RG 67, 393 (394).

6) H.M. z.B. RG 60, 9 (11).

7) Erman-Westermann 12 zu § 138.

verträge im heutigen Arbeitsleben bereitet das im allgemeinen keine Schwierigkeit. Die Tariflöhne, gegebenenfalls die mittleren, geben einen brauchbaren Anhaltspunkt.[1] Ob das Mißverhältnis auffällig ist, entscheidet sich auch hier nach den gesamten Umständen des Einzelfalles. Ist nur knapp die Hälfte des entsprechenden Tariflohnes vereinbart, so spricht das jedenfalls für ein auffälliges Mißverhältnis.[2]

Bisweilen kommt es vor, daß im Laufe der Zeit zwischen den Parteien eines Arbeitsverhältnisses Streit entsteht über die Höhe noch ausstehender Löhne und eventueller Gegenansprüche des Arbeitgebers. Anlaß kann auch sein, daß der Arbeitnehmer sich bewuchert fühlt und Nachforderungen geltend macht. In solchen Fällen wird das Arbeitsverhältnis zumeist auf eine neue Grundlage gestellt. Für die Vergangenheit findet dann eine Generalbereinigung statt, die vertraglich geregelt wird, z.B. durch ein Zahlungsabkommen und eine Ausgleichsquittung. Eine Ausgleichsquittung[3] wird zudem von vielen Firmen schlechthin von allen Arbeitnehmern bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangt. Auch in diesen Fällen handelt es sich um das Schicksal der Lohnforderung, und die Vereinbarung über den Ausgleich der beiderseitigen Forderungen kann unter Umständen wegen Wuchers nichtig sein. Nur ist es hier nicht immer mit einem Vergleich von Arbeit und Lohn getan, sondern es sind alle Gegenforderungen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, die vielfältiger Art sein können.[4]

---

1) RAG 16, 35 (37).

2) RAG 16, 37.

3) Unter einer Ausgleichsquittung versteht man die Erklärung d. ArbN., daß er keine weiteren Ansprüche gegen den ArbG habe. Rechtlich kann eine Ausgleichsquittung je nachdem die Bedeutung eines Vergleichs, eines Erlaßvertrages oder eines negativen Schuldanerkenntnisses haben; Hueck-Nipperdey I § 40 IX und Anm.135.

4) Vgl.dazu RAG 17, 289 ff.

Das Mißverhaltnis zwischen Leistung und Gegenleistung allein genügt aber auch beim Lohnwucher nicht. Es müssen Notlage, Unerfahrenheit oder Leichtsinn ausgebeutet sein. Allerdings ist hier der vom Reichsarbeitsgericht entwikkelte Begriff der Notlage bedeutsam, wonach eine Notlage nicht erst bei Vermögenslosigkeit oder Unpfändbarkeit vorliegt, sondern bereits dann, wenn jemand einer drohenden Gefahr für seine wirtschaftliche Existenz ausgesetzt ist.[1] Dabei kann schon ausreichen, daß eine erhebliche Verschlechterung der derzeitigen wirtschaftlichen Lage zu befürchten ist.[2] Die Vermögenslosigkeit großer Schichten der Arbeiterschaft läßt, vor allem bei sinkender Konjunktur, eine solche Lage leicht eintreten.[3] Auch fehlt es vielen Arbeitnehmern an der nötigen geschäftlichen Erfahrung, so daß Unerfahrenheit im Sinne der Wucherbestimmung vorliegt. Doch ist "Unerfahrenheit" eine persönliche Eigenschaft, stellt also auf die Kenntnis geschäftlicher Dinge ü b e r h a u p t ab. Sie liegt deshalb nicht vor, wenn ein Arbeitnehmer verwickelte Bestimmungen eines einzelnen Vertrages nicht übersieht.[4]

Besondere Schwierigkeiten bereitet gerade in den Fällen des Lohnwuchers die Feststellung des Merkmals der A u s b e u t u n g . Zwar hat die arbeitsrechtliche Rechtsprechung hier zu einer Erweiterung des Begriffs beigetragen, indem sie davon ausging, daß eine Ausbeutung der Arbeitskraft auch dann vorliegen könne, wenn der Arbeitgeber selbst dabei keinen wesentlichen Gewinn erzielt.[5] Auch hat man in Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen kein angriffsweises Vorgehen des Wucherers verlangt.[6]

---

1) RAG 9, 236 (243 f.); 16, 37; ARS 17, 456 (459).
2) RAG ARS 17, 456 ff.
3) Hueck-Nipperdey I § 32 IV 3 a.
4) RAG 5, 55 f.; a.A. Hueck-Nipperdey I § 32 IV 3 a.
5) RAG 16, 37; zustimmend Erman-Westermann 14 zu § 138.
6) So ausdrücklich RAG ARS 17, 460.

Doch nur zu oft ist der d o p p e l t e V o r s a t z , das Bewußtsein vom Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung sowie die Kenntnis der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns dem Arbeitgeber nicht nachzuweisen. Größe und Unübersichtlichkeit vieler Betriebe mögen dazu beitragen, die Beschäftigung mit den persönlichen Verhältnissen des einzelnen Arbeitnehmers zu erschweren. Häufig wird darum das erforderliche Bewußtsein beim Arbeitgeber tatsächlich nicht gegeben sein. In diesen Fällen kann § 138 Abs.2 nicht angewandt werden, das Geschäft kann also nicht wegen Wuchers als nichtig behandelt werden.[1)]

2. Hungerlöhne

Wie unbefriedigend die Behandlung unangemessen niedriger Löhne ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs.2 ist, zeigt sich besonders, wenn der Lohn trotz angemessener Arbeitsleistung so gering ist, daß er zum Lebensunterhalt des Arbeitnehmers und seiner Familie nicht ausreicht (Hungerlöhne). In solchen Fällen liegt zwar in aller Regel ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Lohn und Arbeit vor.[2)] Wie die Untersuchung gezeigt hat,reicht das jedoch zur Erfüllung des Wuchertatbestandes nicht, wenn die anderen objektiven und subjektiven Voraussetzungen nicht nachweisbar erfüllt sind. Auch in diesen Fällen kann dem Arbeitnehmer, wenn nicht ein Tarifvertrag eingreift, der angemessene Lohn nur zugesprochen werden, falls die Nichtigkeit der Lohnvereinbarung feststeht.[3)]

---

1) Hueck-Nipperdey I § 32 IV 3 a.

2) Anders kann es liegen, wenn die vereinbarte Tätigkeit keine volle Arbeitskraft in Anspruch nimmt, RAG ARS 17, 460. In diesem Fall bezog der Arbeitnehmer auch neben seinem Lohn noch eine Rente.

3) Daß bei Sittenwidrigkeit der Lohnvereinbarung nicht der ganze Vertrag nichtig, sondern unter Einsetzung des angemessenen Lohnes in Abweichung von § 139 aufrecht zu erhalten ist, wird heute weitgehend anerkannt. Die Begründungen sind im einzelnen verschieden. Vgl. BAG AP 54 Nr.1 und MDR 60, 612/3; Hueck-Nipperdey I § 32 II 1 und 2.

Da es Mindestarbeitsbedingungen im deutschen Arbeitsleben z.Zt. nicht gibt, bleibt nur die Möglichkeit, diese Lohnvereinbarungen nach § 138 Abs.1 als nichtig anzusehen. Das würde voraussetzen, daß die Fälle der Sittenwidrigkeit wegen Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung in § 138 Abs.2 nicht abschließend geregelt sind.

a) § 138 Abs.2 als Sonderfall des § 138 Abs.1 BGB

Da § 138 Abs.2 ein Anwendungsfall von § 138 Abs.1 ist, könnte man folgern, § 138 Abs.2 enthalte eine abschließende Regelung der Wuchergeschäfte.[1)]

Entscheidend muß demgegenüber aber sein, daß sich im Gesetz kein Anhaltspunkt für diese Auffassung findet. Das Gesetz gibt nirgendwo zu erkennen, daß ein Geschäft nicht sittenwidrig sein könne, wenn eines der zum Wuchertatbestand gehörenden Begriffsmerkmale fehlt. § 138 Abs.2 behält als e r l ä u t e r n d e Konkretisierung daneben einen guten Sinn, als abschließende Regelung ist diese Vorschrift nicht anzusehen.[2)]

b) Der objektive Tatbestand beim Hungerlohn

Ist der Wuchertatbestand nur als Erläuterung und nicht als abschließende Regelung wucherischer Geschäfte aufzufassen, so ergibt sich die weitere Frage, welche Tatbestandsmerkmale des § 138 Abs.2 gestrichen werden können, ohne daß das Geschäft seinen sittenwidrigen Charakter verliert.

Die einfachste Voraussetzung ist die des auffälligen Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung. Daß

---

1) RG 72, 61 (69); Oertmann, DJZ 1913, 255.

2) GSRG 150, 1 (5); 165, 1 (14); BGH NJW 1951,397; RAG ARS 17, 460; ARS 28, 229 (234); BAG AP 54 Nr.1; LAG München Bayr. Amtsbl. 1953 C 26 (27).

diese Geschäfte der Rechtsmoral nicht widersprechen können, ergibt sich schon daraus, daß unsere Rechtsordnung einen Grundsatz des iustum pretium nicht kennt. Auch die Ablehnung, die eine Wiedereinführung der "laesio enormis" durch die Gesetzgebungskommission erfahren hat, zeigt, daß die Gestaltung der "inneren Vertragsgerechtigkeit" der Parteivereinbarung überlassen sein soll.[1] Schließlich verbietet auch die Zulässigkeit von gemischten Schenkungsverträgen sowie die wirtschaftliche Notwendigkeit von Spekulativ- und Risikogeschäften, das bloße Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung als Nichtigkeitsgrund anzusehen.[2]

Es gibt aber auch Fälle, in denen das Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung in einem anderen Lichte erscheint. Bei der Vereinbarung von Hungerlöhnen liegt nicht nur ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Arbeit und Lohn vor, sondern trotz vollwertiger Arbeitsleistung reicht der Lohn nicht zur Sicherung des Existenzminimums aus. Bei genauer Betrachtung ergibt sich, daß hier nicht lediglich ein Mißverhältnis zwischen den Leistungen vorliegt, sondern auch eine Notlage des Arbeitnehmers, da dieser sonst nicht auf die anstößigen Bedingungen eingehen würde.

Unsere Rechtsordnung hat an verschiedenen Stellen den Gedanken zum Ausdruck gebracht, daß jedem ein Minimum wirtschaftlicher Werte zur Sicherung seiner Existenz verbleiben soll. Besonders deutlich kommt diese Auffassung in den Pfändungsschutzvorschriften zum Ausdruck, namentlich soweit sie den unpfändbaren Teil des Lohnes betreffen. Der gleiche Gedanke liegt auch dem Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen vom 11.1.1952 sowie § 19 des Heimarbeitsgesetzes und § 92a HGB zu Grunde.

---

1) Motive II 321; vgl. auch oben S.115.

2) H.M. statt aller: Esser § 8, 3c; Süß, DRW 36, 369; a.A. anscheinend Liebnitz, DJ 35, 845 f.

Diese Vorschriften geben dem Staat die Möglichkeit, Mindestarbeitsbedingungen festzusetzen, soweit Tarifverträge nicht bestehen und soziale und wirtschaftliche Bedürfnisse der Arbeitnehmer ihren Erlaß erforderlich machen.[1] Mindestarbeitsbedingungen sollen nicht wie Tarifnormen den angemessenen, sondern den n o t w e n d i g e n Lohn sichern und damit "eine äußerste Grenze gegen sozial untragbare Verhältnisse aufrichten".[2] Schließlich ergibt sich auch aus dem Bundessozialhilfegesetz, daß es der Rechtsordnung nicht gleichgültig ist, ob einzelne ihrer Mitglieder zu Grunde gehen. Trotzdem wäre die Vereinbarung eines Hungerlohnes nicht ohne weiteres sittenwidrig, wenn auch § 138 Abs.1 einen s u b j e k t i v e n Tatbestand bei dem wirtschaftlich überlegenen Vertragspartner voraussetzt.

c) Das subjektive Erfordernis

aa) Die subjektiven Voraussetzungen bei sittenwidrigen Geschäften im allgemeinen

aaa) Die Notwendigkeit eines subjektiven Tatbestandes

Da § 138 Abs.2 ein Sonderfall der Sittenwidrigkeit des § 138 Abs.1 ist, muß die ganze Vorschrift einheitlich nach ihrem Gesamtinhalt ausgelegt werden.[3] § 138 Abs.2 ist aber auch als B e i s p i e l für die Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs.1 ausgestaltet. Deshalb wäre der Wuchertatbestand mit seinen besonderen subjektiven Voraussetzungen unverständlich, wenn für die Sittenwidrigkeit nach Abs.1 schon objektives grobes Mißverhältnis ausreichen sollte. Das bloße Mißverhältnis zwischen Leistung

---

1) Bislang ist allerdings, soweit ersichtlich, von dieser Möglichkeit kein Gebrauch gemacht worden.

2) Hueck-Nipperdey I § 25 IV 1; LAG München Bayr.Amtsblatt 53 C 26 (27).

3) RG 150, 4.

und Gegenleistung soll nach dem Willen des Gesetzes auch dann noch nicht zur Nichtigkeit führen, wenn es sich für den Übervorteilten infolge einer Notlage besonders drükkend auswirkt. Vielmehr muß noch ein weiterer Umstand hinzutreten, der dem Ausbeutungstatbestand vergleichbar ist und dem Geschäft zusammen mit dem Mißverhältnis den "Stempel der Sittenwidrigkeit" aufdrückt.[1)]

Dieses Ergebnis stimmt mit der allgemeinen Auslegung der Sittenwidrigkeit im Sinne von Unsittlichkeit überein. Ob eine Handlung unsittlich ist, läßt sich nur auf Grund der Gesamtumstände beurteilen. Zu den Gesamtumständen gehört aber auch die subjektive Einstellung der Beteiligten. Schließlich ist zu berücksichtigen, daß das Unwerturteil, das der Richter stellvertretend für die Rechtsgemeinschaft fällt, wenn er ein Geschäft nach § 138 für nichtig erklärt, notwendig Vorwurfscharakter hat. Ein Rechtsgeschäft, das von einem Richter für sittenwidrig erklärt wird, wird von den meisten Rechtsgenossen auch für sittenwidrig gehalten. Der Urteilsspruch setzt den Teil, der den Gewinn aus dem Geschäft ziehen will, notwendig der Mißachtung aus. Eine solche Mißachtung hat aber nur verdient, wer aus einer v e r w e r f l i c h e n G e s i n n u n g heraus gehandelt hat.[2)]

Schon deshalb gehen alle Angriffe, die sich gegen ein subjektives Erfordernis richten, weil § 138 keinen Diffamierungs- und Verfemungszweck habe, fehl.[3)] Ob § 138 auch den Z w e c k der Diffamierung, der Verfemung und der Bestrafung hat[4)], ist eine Frage, die erst in zweiter Linie interessiert. Solange die Vorschrift in ihrer heutigen Fassung gilt, wird der "sittliche Makel" immer die n o t w e n d i g e Folge eines auf diese Vorschrift gestützten Urteils sein.

---

1) RG 150,4; 165,14; BGH LM Nr.1 zu § 138 (Bc); RAG ARS 17,460; ARS 28,234; ARS 42,103; BAG AP Nr.1 zu § 138.

2) Vgl. zum ganzen RG 150,5; 165,14; BGH LM Nr.2 zu § 138 (Ba).

3) So aber Süß, DRW 36, 365.

4) Für den Strafzweck Erman-Westermann 1 zu § 138.

bbb) Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit

Die Notwendigkeit eines subjektiven Tatbestandes für sittenwidrige Rechtsgeschäfte im allgemeinen und Ausbeutungsgeschäfte im besonderen besagt noch nichts über den Umfang der subjektiven Voraussetzungen. Die weitaus h.M. steht auf dem Standpunkt, daß es sich nur um die Kenntnis der t a t s ä c h l i c h e n Umstände handeln könne, die die Sittenwidrigkeit bedingen.[1] Bei Verträgen soll regelmäßig die Kenntnis beider Vertragspartner erforderlich sein. Nur wenn die Sittenwidrigkeit gerade in dem Verhalten gegenüber dem anderen Teil liegt wie bei Knebelungsverträgen und Ausbeutungsgeschäften, soll die Kenntnis des sittenwidrig Handelnden ausreichen.[2] Auf das B e w u ß t s e i n d e r S i t t e n w i d r i g k e i t soll es in keinem Falle ankommen.[3] Neuerdings verlangen aber Nipperdey[4] und Hefermehl[5] das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit für die Fälle, in denen das Geschäft nicht schon einen sittenwidrigen I n h a l t hat, sondern erst durch die Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck seinen unsittlichen Gesamtcharakter erhält, da andernfalls der Vorwurf eines sittenwidrigen Handelns nicht gerechtfertigt sei. Dabei soll es sich aber nicht um ein Element des Vorsatzes, sondern der Schuld, der Vorwerfbarkeit, handeln. D e m entsprechend soll mangelndes Bewußtsein der Sittenwidrigkeit nicht entschuldigen, wenn das Anstößige des Verhaltens bei gehöriger Gewissensanspannung erkennbar gewesen wäre.[6] Es handelt sich also

---

1) Staudinger-Coing 14 zu § 138 mit weit.Nachw.

2) Siebert-Hefermehl 26 zu § 138; Staudinger-Coing 14a zu § 138; Lehmann § 29 IV 2.

3) RG 79,17 (23); 97,253 (255); 120,144 (148); 136,236 (240); 161,229 (233); Gruchot 65,214; BGH LM Nr.1 zu § 138 (Ca); Staudinger-Coing 12 zu § 138; Lehmann § 29 IV 2; Lange § 53 II 2 b.

4) Enneccerus-Nipperdey II § 191 II 2 b.

5) Siebert-Hefermehl 24 zu § 138.

6) Enneccerus-Nipperdey II § 191 II 2 b.

um die Übertragung strafrechtlicher Gedankengänge, nämlich der Lehre vom Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nach der Schuldtheorie, auf das Zivilrecht.[1] Aus der Verschiedenartigkeit von Zivil- und Strafrecht könnte sich die Unzulässigkeit dieses Verfahrens ergeben. Das Strafrecht bestraft den Täter für eine persönliche Schuld. Es will damit die Schuld sühnen (Sühnecharakter) und von der Begehung strafbarer Handlungen abschrecken (Präventivzweck). Das Zivilrecht will einen gerechten Interessenausgleich zwischen den einzelnen Rechtsgenossen herbeiführen. Aus dieser Verschiedenheit der Zwecke ergeben sich Bedenken gegen die Verwendung strafrechtlicher Grundsätze im Zivilrecht.

Im Hinblick auf § 138 lassen sich gewisse Parallelen finden, da das Zivilrecht hier ebenso wie das Strafrecht ein vorwerfbares Verhalten voraussetzt. § 138 will aber nicht eine persönliche Schuld sühnen, sondern das Rechtsleben von unsittlichen Geschäften freihalten.[2] Das erfordert eine einheitliche Bestimmung des sittenwidrigen Geschäftes auch in subjektiver Hinsicht. Da aber Grundlage der Rechtsordnung die Überzeugung der Mehrheit der Rechtsgenossen ist, kommt es auch bei den subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit auf das Werturteil der Rechtsgemeinschaft, nicht aber auf dasjenige zufällig am Geschäft beteiligter Personen an.[3]

---

1) Siebert-Hefermehl 24 zu § 138 unter Verweis auf BGHSt 2,194 (201); 4,1 ff. Das BAG scheint die Schuldlehre allgemein für das Zivilrecht oder jedenfalls für das Arbeitsrecht übernehmen zu wollen; vgl. BAG 1,69 (79 f.) 2,87 (89); AP Nr.6 zu § 66 BetrVG: Sozialwidrigkeit einer Kündigung, wenn der ArbG vorsätzlich und mit Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gegen § 66 BetrVG verstoßen hat.

2) Ähnlich Lange § 53 I 3b; "Der Vorwurf der Sittenwidrigkeit richtet sich gegen das Geschäft, nicht notwendig gegen die Gesinnung eines Beteiligten."

3) Staudinger-Coing 12 zu § 138; Ulmer, BB 49,543.

Der dem § 138 wesentliche Vernichtungszweck läßt nicht zu, daß Rechtsgeschäfte, die nach den Auffassungen der Rechtsgemeinschaft mit den Grundsätzen von Recht und Sittlichkeit unvereinbar sind, von der Rechtsordnung legalisiert werden. Das gilt umso mehr, als nach richtiger Auffassung die Grundzüge der rechtlich maßgebenden Sittlichkeit im Recht ihren Ausdruck gefunden haben. Das Recht kann nicht Geschäfte anerkennen, die mit seinen eigenen Prinzipien in Widerspruch stehen. Wäre aber das Sittlichkeitsbewußtsein der am Geschäft beteiligten Personen maßgebend, so müßte es folgerichtig auch dann anerkannt werden, wenn es auf Grund einer fremden Grundauffassung zu den unsere Rechtsordnung beherrschenden Prinzipien in direktem Gegensatz stände. Diese Folgerung zieht aber nicht einmal die strafrechtliche Schuldlehre des Bundesgerichtshofes. Der Bundesgerichtshof[1] führt dazu aus, "naturgemäß" dürfe der Täter "nicht solche Wertvorstellungen von Recht und Unrecht zu Grunde legen, die einem fremden Kulturkreis angehören (etwa die des kommunistischen Rußland), sondern nur diejenigen, die seine Rechtsgemeinschaft anerkennt". Im übrigen sind Fälle denkbar, in denen trotz richtiger Grundeinstellung und größter Gewissensanspannung im Einzelfall die Fähigkeit, die Wertvorstellungen der Rechtsgemeinschaft zu konkretisieren, abgeht (moral insanity). Eine Berücksichtigung solcher Sittlichkeitsvorstellungen wäre aber mit den Grundsätzen unseres Privatrechts unvereinbar und würde zudem eine ungerechtfertigte Bevorzugung bedeuten.[2]

Schließlich spricht die gesetzliche Wertung in § 138 Abs. 2 gegen die Notwendigkeit eines Bewußtseins der Sittenwidrigkeit. Der Wuchertatbestand setzt als subjektives Merkmal beim Wucherer lediglich voraus, daß er seinen Geschäftsgegner ausbeutet, d.h. bewußt ausnutzt. Daß der Wucherer sich des anstößigen Charakters seiner Handlungs-

---

1) BGHSt 4,1 (5).

2) Lange § 53 II 2a.

weise bewußt sein müsse, verlangt das Gesetz nicht. Ausreichend soll sein, wenn der Wucherer das Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung sowie die Notlage des Bewucherten kennt. Der Wucher ist aber gerade ein Geschäft, bei dem die Sittenwidrigkeit sich nicht schon aus seinem objektiven Inhalt, dem groben Mißverhältnis, sondern erst aus den hinzutretenden weiteren Umständen ergibt. Da der Wuchertatbestand vom Gesetz selbst als beispielhafte Konkretisierung des § 138 Abs.1 hingestellt wird, muß angenommen werden, daß das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit auch bei anderen Geschäften nicht Voraussetzung der Sittenwidrigkeit sein soll.[1)]

Anders verhält es sich mit der Kenntnis der Tatsachen, die die Sittenwidrigkeit bedingen. § 138 Abs.2 macht das mit seiner Voraussetzung des doppelten Vorsatzes besonders deutlich. Die Kenntnis der Tatumstände bildet das notwendige innere Bindeglied zwischen dem Handelnden und dem vorwerfbaren unsittlichen Handeln.

bb) Insbesondere die subjektiven Voraussetzungen bei Ausbeutungsgeschäften

Bildet somit die Kenntnis der sittenwidrigen Umstände regelmäßig eine notwendige Voraussetzung für den Vorwurf der Sittenwidrigkeit, so fragt es sich doch, ob nicht unter Umständen schon bei geringeren subjektiven Tatbeständen eine ausreichende Beziehung zu den objektiv sittenwidrigen Umständen der Handlung vorliegen kann. Maßgebend muß sein, wann dem Handelnden der sittenwidrige Charakter seiner Handlung noch zugerechnet werden kann. Das kann aber solange geschehen, als eine verwerfliche Gesinnung des Täters seine Beziehung zur Tat herstellt.

---

1) Im übrigen wäre es auch inkonsequent, bei sittenwidrigem Inhalt auf das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit zu verzichten, wie das Enneccerus-Nipperdey (II § 191 II 2b) und Siebert-Hefermehl (24 zu § 138) wollen.

Verwerflich handelt aber auch, wer sich gewissenlos und leichtfertig, d.h. grobfahrlässig der Erkenntnis der anstößigen Umstände des Geschäfts verschließt.[1)]

Eine gewissenlose, leichtfertige Handlungsweise kommt vor allem bei Geschäften mit grobem Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung in Betracht. Jedermann weiß, daß solche Geschäfte, soweit es sich nicht um Spekulativ- oder Risikogeschäfte handelt, nur unter ganz besonderen Umständen abgeschlossen werden, die den schwächeren Teil veranlassen, auf die ungünstigen Bedingungen einzugehen. Aus dieser Erwägung heraus hat die Rechtsprechung sogar den Grundsatz aufgestellt, daß ein sehr grobes Mißverhältnis der Leistungen bereits den Schluß auf eine verwerfliche Gesinnung des übermäßig Begünstigten zulasse.[2)]

Die Übertragung dieser Grundsätze auf die Fälle des "Hungerlohnes" führt dazu, die Vereinbarung als nichtig anzusehen, sofern der Unternehmer nicht beweist, daß er nicht leichtfertig gehandelt hat. Dabei werden hohe Anforderungen an den Arbeitgeber gestellt. Er handelt nicht nur verwerflich, wenn er eine besondere Notlage des Arbeitnehmers übersieht oder leichtfertig nicht berücksichtigt, daß der geringe Lohn dessen Existenz gefährdet. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß die wirtschaftliche Unterlegenheit des Arbeitnehmers generell schon ein "hemmender Tatumstand" sein kann, dessen verwerfliche Ausnutzung anstößig erscheint.[3)] Danach handelt es sich bei dem "Hungerlohn" um die Konkretisierung des allgemeinen Satzes, wonach es verwerflich ist, wenn der wirtschaftlich Stärkere die Lage des wirtschaftlich Schwächeren übermäßig ausnutzt.[4)]

---

1) GS RG 150,5; 165,162; SeuffArch 95,55; BGH 10,228 (233); RAG ARS 42,104; BAG AP Nr.1 u. 2 zu § 138; Krüger-Nieland RGRK-BGB 6 zu § 138; Siebert-Hefermehl 24 zu § 138; Erman-Westermann 7 zu § 138.

2) RG 150,6; 161,162; BAG AP Nr.1 zu § 138.

3) RG 150,6.

4) RG 90,181 (183); 400 (402); 93,27 (28), 106 (107); Maus, Hb IIa 2 S.32; LAG Hannover AP 54,2 mit Anm. Hueck; Enneccerus-Nipperdey II § 192 IV.

VII. Die Abwälzung des Geschäftsrisikos auf den Arbeitnehmer

Im Zusammenhang mit den Ausbeutungsgeschäften werden im Schrifttum auch die Arbeitsverträge behandelt, in denen der Arbeitgeber das Geschäftsrisiko auf den Arbeitnehmer abwälzt.[1] Im einzelnen lassen sich drei Gestaltungen unterscheiden: Der Arbeitgeber zahlt dem Arbeitnehmer keinen festen Lohn, sondern beschränkt ihn auf eine Vergütung für den Erfolg seiner Tätigkeit; der Arbeitnehmer wird am Verlust des Geschäftes beteiligt; der Arbeitnehmer muß für Fehlbeträge in der Kasse oder im Lager aufkommen (sog. Mankohaftung).

1. Die wichtigsten Fälle

Vereinbarungen der ersten Art finden sich besonders häufig bei Handlungsreisenden. Hier kann der Arbeitgeber der Pflicht, dem Handlungsgehilfen ein festes Gehalt zu zahlen, leicht durch die Vereinbarung begegnen, der Gehilfe erhalte nur eine Provision für die von ihm erzielten Vertragsabschlüsse. Er erreicht auf diese Weise, daß er den Gehilfen nur dann zu bezahlen braucht, wenn dessen Tätigkeit erfolgreich ist. Er spornt damit einerseits den Gehilfen an und erspart sich andererseits das mit der Anstellung eines Arbeitnehmers normalerweise verbundene Risiko, ohne auf die Wahrnehmung seiner geschäftlichen Interessen verzichten zu müssen. Auf diese Weise wälzt er einen Teil des Geschäftsrisikos auf den Arbeinehmer ab.

Eine Verlustbeteiligung wird besonders häufig mit leitenden Angestellten, Prokuristen usw., eine Fehlbetragshaftung hauptsächlich mit Kassierern und Lagerhaltern vereinbart.

---

1) Nikisch I § 20 IV 4 b; Hueck-Nipperdey I § 32 IV 3a u.b; vgl. auch LAG Stuttgart ARS 31, 381 (384).

2. Die grundsätzliche Zulässigkeit

Die Überprüfung von Vereinbarungen, die das Einkommensrisiko auf den Arbeitnehmer abwälzen, hat von § 65 HGB auszugehen. Dort regelt das Gesetz den Fall, daß dem Handlungsgehilfen für die von ihm geschlossenen oder vermittelten Geschäfte eine Provision zugesagt ist. Das Gesetz dürfte dabei zunächst die Fälle im Auge gehabt haben, in denen die Provision zusätzlich zu einer festen Vergütung gezahlt wird. Doch legt die allgemeine Fassung dieser Vorschrift die Annahme nahe, daß auch Vereinbarungen gültig sind, die den Handlungsgehilfen nur auf die Provision unter Ausschluß fester Vergütungsansprüche beschränken.[1] Entsprechende Bestimmungen enthalten auch die einschlägigen Tarifverträge.[2]

Aus diesen Normen läßt sich der Rechtsgedanke herleiten, daß die Übernahme eines gewissen Einkommensrisikos durch den Gehilfen nicht sittenwidrig ist.[3] Die Beschränkung eines Handlungsgehilfen auf Provisionsvergütungen als solche ist nicht anstößig. In diesen Fällen leistet der Unternehmer dem Gehilfen aber auch häufig Vorauszahlungen auf die künftigen Provisionsansprüche; für den Fall des Nichtentstehens dieser Ansprüche soll der Arbeitnehmer zur Rückzahlung verpflichtet sein. Auch solche Vereinbarungen sind grundsätzlich zulässig.[4]

Die Beteiligung von Angestellten am Verlust der Firma verstößt ebenfalls nicht schlechthin gegen die guten Sitten.[5] Schließlich ist seit langem anerkannt, daß auch die Vereinbarung einer Fehlbetragshaftung zulässig ist.[6]

---

1) Im Ergebnis ebenso: BAG AP Nr.2 zu § 138; LAG Stuttgart SAE 52 Nr.61; Schlegelberger-Schröder 1 zu § 65.

2) LAG Stuttgart SAE 52 Nr.61.

3) So ausdrücklich LAG Stuttgart SAE 52 Nr.61.

4) RAG ARS 7, 319 (321).

5) RAG ARS 16, 462 (464).

6) Titze, Handbuch II 2 S.774; RAG ARS 10,156 (158); BAG AP Nr.1 zu § 305; Siebert-Hefermehl 57 zu § 138.

3. Grenzen der Zulässigkeit

In allen Fällen handelt es sich um Abreden, die unmittelbar oder mittelbar den Verdienst des Arbeitnehmers beeinflussen. Sie können sich unter Umständen sehr negativ auf die Höhe des Arbeitseinkommens auswirken. Da aber bei grobem Mißverhältnis von Arbeit und Lohn eine sittenwidrige Abrede vorliegen kann, erscheint eine unbegrenzte Zulassung solcher Vereinbarungen bedenklich. Die Rechtsprechung hat sie auch stets unter dem Gesichtspunkt des § 138 geprüft und neigt dazu, sie für sittenwidrig zu erklären, wenn sie sich für den Arbeitnehmer besonders ungünstig auswirken. Vereinbarungen, nach denen ein Handlungsgehilfe kein festes Gehalt bekommt,erscheinen objektiv sittenwidrig, wenn es auf Grund der Umstände des Einzelfalles trotz erheblicher Anstrengung nicht möglich ist, für die Arbeit ein angemessenes oder auch nur auskömmliches Entgelt zu erlangen.[1] Anstößig ist auch die Beteiligung eines Angestellten am Verlust der Firma, wenn er kein festes Gehalt erhält und von vornherein zweifelhaft erscheint, ob er für seine Dienste überhaupt etwas bekommt[2], womöglich noch Schuldner seines Arbeitgebers wird.[3] Auch wenn der Arbeitnehmer ein Gehalt bekommt, aber mit einer besonders scharfen Mankohaftung belastet wird, hat man die Abrede als sittenwidrig betrachtet, wenn das Arbeitseinkommen verhältnismäßig niedrig war und das erhöhte Risiko nicht durch eine entsprechend höhere Vergütung ausgeglichen wurde.[4]

---

1) LAG Stuttgart ARS 31, 384; SAE 52 Nr.61; BAG AP Nr.2 zu § 138 (unter IV).

2) RAG ARS 16, 464f.; ARS 37, 392; RAG 19, 110.

3) RG JW 1910, 5.

4) RAG 6, 233 (237); ARS 24, 261 (264); BAG BB 56, 402 (403); AP Nr.1 zu 305; LAG Duisburg ARS 3, 13 (15); LAG Hannover AP 52 Nr.232 mit zustimmend. Anm. Götz Hueck; LAG Düsseldorf BB 56, 400.

Beim Abschluß des Vertrages ist zumeist noch nicht sicher, sondern lediglich möglich, daß derartige Vereinbarungen zu einem "auffälligen Mißverhältnis" zwischen Leistung und Entgelt führen. Da es aber für die Sittenwidrigkeit auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt[1], kann man zur Nichtigkeit wegen Wuchers oder sonstiger Ausbeutung nur gelangen, wenn bei der Abwägung von Leistung und Gegenleistung ein besonders großes Risiko zu Gunsten des Arbeitnehmers berücksichtigt werden darf. Eine entschädigungslose Aufbürdung könnte als grobes Mißverhältnis zu bewerten sein.

Entscheidend muß sein, ob dieses Risiko nach unserer Rechtsordnung den Arbeitnehmer oder den Arbeitgeber trifft. Wirtschaftlich gehört es als Teil des typischen Geschäftsrisikos in den Bereich des Unternehmers, d.h. des Arbeitgebers. Auch dem Sprachgebrauch ist das Wort vom u n t e r n e h m e r i s c h e n R i s i k o ein Begriff. Rechtlich unterscheidet gerade das den selbständigen Unternehmer von den Arbeitnehmern, die in sozial abhängigen Arbeitsverhältnissen tätig und regelmäßig gar nicht in der Lage sind, ein solches Wagnis zu übernehmen.[2] In diesem Zusammenhang sei auch auf die Lehre vom Betriebsrisiko hingewiesen. Unter diesem Gesichtspunkt haben Rechtsprechung und Rechtslehre Grundsätze für die Behandlung von Fällen aufgestellt, in denen die Arbeitnehmer zur Arbeit fähig und bereit sind, der Arbeitgeber sie aber aus Gründen, die in der betrieblichen Sphäre liegen, nicht beschäftigen kann.[3] Heute herrscht weitgehend Einigkeit darüber, daß diese Gefahren grundsätzlich zu Lasten des Arbeitgebers gehen, er also zur Zahlung des Lohnes verpflichtet bleibt.[4] Im einzelnen besteht Streit, ob unter

---

1) Vgl. oben S. 178 Anm.3.

2) RAG ARS 37, 392 (397); BAG MDR 60, 612 (613).

3) Hueck-Nipperdey I § 44 IV 1.

4) Grundlegend RG 106,272 (275 f.); an der unübersehbaren Literatur: Nikisch I § 42 I 2; Hueck-Nipperdey I § 44 IV 1 ff (besonders 3).

den Begriff des Betriebsrisikos nur technische Störungen des Betriebsablaufs (Stromsperre, Rohstoffmangel) einzuordnen sind, oder ob hierhin auch die Fälle des sog. Wirtschaftsrisikos (Auftrags- oder Absatzmangel) gehören.[1] Letztere Beispiele erscheinen besonders kennzeichnend für das unternehmerische Risiko. Es ist deshalb bemerkenswert, daß auch die Schriftsteller, die für eine getrennte Behandlung eintreten, das Wirtschaftsrisiko grundsätzlich und zwar besonders eindeutig dem Unternehmer aufbürden.[2] Dieses Risiko darf der Unternehmer nicht auf seine Arbeitnehmer abwälzen, um auf ihre Kosten gewagte Unternehmungen durchzuführen.[3]

Schließlich sei daran erinnert, daß die grundlegenden Gebote der Fürsorgepflicht auch Gebote der guten Sitten sind. Zu ihnen gehört aber die Sorge für Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers. Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers scheinen gefährdet, wenn er keinen auskömmlichen Lohn erhält. Auch aus diesem Grunde kann die Abwälzung des Betriebsrisikos auf den Arbeitnehmer nicht unbeschränkt zulässig sein.[4] Wird dem Arbeitnehmer ein

---

1) Für die getrennte Behandlung z.B. Hueck-Nipperdey I § 44 IV 1; dagegen Erman-Küchenhoff 5 b A zu § 615.

2) Hueck-Nipperdey I § 44 IV 1 und Anm.103.

3) RAG ARS 37,392 (397). Diese Grundsätze gelten unmittelbar nur für Arbeitnehmer, etwa für Handlungsreisende und andere Handlungsgehilfen, dagegen nicht für Handelsvertreter. Handelsvertreter sind nach § 87 HGB selbständige Kaufleute und die Übernahme des Geschäftsrisikos gehört zu ihren Merkmalen (RAG ARS 31,383 f.). Die wirtschaftliche und rechtliche Vergleichbarkeit der sog. Einfirmenvertreter (§ 92a HGB) mit den Handlungsreisenden rechtfertigt aber eine entsprechende Anwendung der Grundsätze über die Abwälzung des Geschäftsrisikos auf diesen Personenkreis (BAG AP Nr.2 zu § 138 unter IV). Soweit darüber hinaus Verträge mit Handelsvertretern als den wirtschaftlich Schwächeren wegen Abwälzung des Geschäftsrisikos für sittenwidrig erklärt worden sind, handelte es sich um Vereinbarungen, die nicht nur das mit der Beauftragung und Tätigkeit des Handelsvertreters verbundene Absatzrisiko betrafen, sondern das mit dem Geschäftsbetrieb des Unternehmers verbundene Herstellungsrisiko. Vgl. OLG Stuttgart, NJW 57, 1281; LAG Heidelberg, BB 58,7.

4) Schlegelberger-Schröder 1 zu § 65.

besonderes Risiko aufgebürdet, so ist das bei der Abwägung von Leistung und Gegenleistung zu seinen Gunsten zu berücksichtigen. Es gelten insoweit die allgemeinen Grundsätze über die Ausbeutungsgeschäfte.

C. Zusammenfassung und Schluß

Es hat sich ergeben, daß die untersuchten, dem Arbeitsvertragsrecht angehörenden Unwirksamkeitsgründe nur zum Teil Konkretisierungen von § 138 sind.

Sozialwidrigkeit im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes und Sittenwidrigkeit nach § 138 decken sich nicht. Das Kündigungsschutzgesetz verwirklicht vielmehr den Grundsatz des Bestandsschutzes für das Arbeitsverhältnis und konkretisiert damit in seinem Bereich die aus § 242 folgende Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Nur soweit einzelne, von der Rechtsordnung allgemein mißbilligte maßregelnde oder diskriminierende Kündigungen miterfaßt werden, stellt das Kündigungsschutzgesetz nicht nur eine teilweise Konkretisierung des § 242, sondern auch des § 138 dar.

Die Untersuchung der §§ 74 ff. HGB, 133 f GewO hat gezeigt, daß diese Vorschriften zum Teil sittlich-rechtliche Grundsätze enthalten; ein Verstoß gegen sie ist zumindest objektiv sittenwidrig. Diese Grundsätze sind bereits im Zusammenhang aufgeführt.[1)]

Das in § 624 zwingend vorgesehene Kündigungsrecht lebenslanger oder langfristiger Arbeitsverträge beruht auf sozialpolitischen und volkswirtschaftlichen Erwägungen. Auch unter Berücksichtigung der in Art. 12 GG getroffenen Wertentscheidung zugunsten der Berufsfreiheit läßt sich diese Vorschrift nicht als Konkretisierung des § 138 auffassen.

---

1) Vgl. oben S. 177 f.

§ 626 und die Sonderbestimmungen zum Recht der fristlosen Kündigung konkretisieren den grundsätzlich aus § 242 abzuleitenden Rechtsgedanken, daß niemand rechtlich zu Unzumutbarem verpflichtet ist. Ist die ordentliche Kündigung ausgeschlossen, so ist das Recht der fristlosen Kündigung eine Auswirkung von § 138, da in diesem Falle ohne das fristlose Kündigungsrecht eine sittenwidrige Knebelung einträte. Im übrigen liegt eine Konkretisierung von § 138 nur in den Fällen absoluter Unzumutbarkeit vor, wenn nicht nur gegen Vertragspflichten, sondern zugleich gegen grundlegende Gebote der Rechtsordnung verstoßen wird.

Einseitige Kündigungserschwerungen steigern die jedem Arbeitsverhältnis eigene Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber. Die einseitige Belastung und die Bindung des Arbeitnehmers an den Arbeitsplatz lassen unbillige Kündigungserschwerungen als anstößig erscheinen. Soweit sich solche Erschwerungen unter sorgfältiger Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht rechtfertigen lassen, sind sie sittenwidrig. Der Satz von der Nichtigkeit unbilliger Kündigungserschwerungen ist also eine Konkretisierung von § 138.

§ 138 Abs.2 weist sich schon durch seine Fassung als Konkretisierung von § 138 Abs.1 aus. Die Vereinbarung sogenannter Hungerlöhne ist aber nicht schon wegen Lohnwuchers nach § 138 Abs.2, sondern als sittenwidrige Ausbeutung nach § 138 Abs.1 nichtig.

Das unternehmerische Risiko hat nach unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung der Arbeitgeber zu tragen. Eine Abwälzung dieses Risikos auf den sozial und wirtschaftlich unterlegenen Arbeitnehmer wird von der Rechtsordnung mißbilligt. Vereinbarungen einer erfolgbestimmten Vergütung, einer Beteiligung am Verlust des Unternehmens und einer Haftung für Fehlbeträge sind deshalb sittenwidrig, wenn sie ohne entsprechenden Ausgleich zu einer Abwälzung des Geschäftsrisikos auf den Arbeitnehmer führen.

Da das Kündigungsschutzgesetz im wesentlichen keine Konkretisierung von § 138 ist, können auch grob sozialwidrige Kündigungen nach Versäumung der Klagefrist des § 3 KschG nicht auf Grund des § 138 als nichtig angesehen werden. Aus dem Zweck des § 3 KschG folgt, daß auch die Unwirksamkeit der vom Kündigungsschutzgesetz erfaßten sittenwidrigen Diskriminierungs- und Maßregelungskündigungen nicht nach § 138 unbeschränkt, sondern nur nach den Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes geltend gemacht werden kann. Die nach § 138 in Verbindung mit § 11 Abs.3 KschG nichtige Kündigung setzt das Vorliegen zusätzlicher, mißbilligenswerter Umstände voraus. - Vom Kündigungsschutzgesetz nicht betroffene Arbeitnehmer können sich gegenüber sozialwidrigen, auch grob sozialwidrigen Kündigungen nicht auf § 138 berufen. Gegen sittenwidrig maßregelnde und diskriminierende Kündigungen sind sie allerdings durch § 138 geschützt.

Wie aus § 74 a Abs.3 HGB hervorgeht, enthalten die §§ 74 ff. HGB, 133 f GewO keine abschließende Konkretisierung des § 138. Soweit aber nur die Sondertatbestände erfüllt sind, geht die spezielle Wertung vor. Nichtigkeit nach § 138 setzt zusätzliche mißbilligenswerte Umstände voraus. Die in den Sonderbestimmungen enthaltenen Konkretisierungen sind praktisch besonders bedeutsam, weil die gleichen Grundsätze über die Zulässigkeit von Wettbewerbsabreden außerhalb der Sondervorschriften entscheiden.

Da § 626 und die aus dieser Vorschrift abgeleiteten Sonderbestimmungen den § 138 für unkündbare Arbeitsverhältnisse schlechthin und im übrigen für Verstöße gegen grundlegende Gebote der Rechtsordnung konkretisieren, machen entgegenstehende Vereinbarungen den Vertrag nicht nichtig. Nach den zwingenden Vorschriften ist nur der Ausschluß des fristlosen Kündigungsrechts unwirksam. Von praktischer Bedeutung ist auch die Erkenntnis, daß die Sätze von der Unwirksamkeit einseitiger, unbilliger Kündigungserschwerungen und das Verbot der Abwälzung des Geschäftsrisikos

auf den Arbeitnehmer ebenfalls Konkretisierungen von § 138 sind. Sie hat dazu geführt, nicht schlechthin alle Kündigungsbeschränkungen, unsicheren Lohnvereinbarungen, Fehlbetragshaftungen und Verlustbeteiligungen als unwirksam anzusehen, sondern nur solche, die nach den für § 138 maßgebenden Gesichtspunkten, insbesondere den Grundsätzen über Knebelungsverträge und Ausbeutungsgeschäfte unter Berücksichtigung der sozialen Stellung des Arbeitnehmers und der Bedeutung der freien Wahl des Arbeitsplatzes den Vorwurf der Sittenwidrigkeit verdienen.

Die Überprüfung sog. Hungerlöhne unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit ließ nur eine gewissenlose, d.h. vorsätzliche oder grobfahrlässige Handlungsweise des Arbeitgebers vorwerfbar und deshalb rechtsunwirksam erscheinen.

Die Untersuchung hat weiter einige für Auslegung und Anwendung des § 138 allgemein bedeutsame Gesichtspunkte aufgezeigt.

Zunächst ergab sich aus der erläuternden Funktion des § 138 Abs.2 in Verbindung mit der Auslegung der Sittenwidrigkeit als Unsittlichkeit, daß das Gesetz für die Sittenwidrigkeit stets einen subjektiven Tatbestand verlangt. Vorsätzliches oder gewissenlos leichtfertiges (grob fahrlässiges) Handeln reicht aus, Bewußtsein der Sittenwidrigkeit verlangt das Gesetz nicht.

Weiter ergab sich - vornehmlich bei der Überprüfung des Kündigungsschutzgesetzes -, daß nur unsoziales Verhalten auch im Rahmen eines personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses nicht den schweren Vorwurf der Sittenwidrigkeit rechtfertigt. Die Norm, die das durch Parteivereinbarung begründete Sonderrechtsverhältnis schützt, ist § 242. Sittenwidrigkeit liegt nur vor, wenn zusätzliche mißbilligenswerte Umstände die Treuwidrigkeit zugleich als einen Verstoß gegen allgemeingültige Grundsätze der Rechtsordnung erscheinen lassen.

Die in den Vorschriften über das Wettbewerbsverbot enthaltenen Konkretisierungen sind besondere Erscheinungsformen der für § 138 entwickelten Sätze, daß Beschränkungen der persönlichen und wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit nur soweit zulässig sind, als sie einem berechtigten Interesse des Befugten dienen und den Verpflichteten nicht unbillig belasten, daß sich kein Mensch der Willkür eines anderen ausliefern kann, daß der Rechtszwang zur Erzwingung rechtlicher Verpflichtungen ausreichen soll und insbesondere rechtlich-wirtschaftliche Interessen nicht durch höherwertige Rechtsgüter wie die Ehre abgesichert werden dürfen.

Zum Schluß sei noch ein letzter Gedanke angedeutet. Diese Untersuchung befaßte sich mit der durch § 138 umschriebenen "Leerstelle" im Gesetz. Da die Generalklausel die R e c h t s f o l g e der Nichtigkeit selber vorschreibt und insoweit für Sonderbewertungen durch die Rechtsprechung grundsätzlich keinen Raum läßt, konzentrierte sich die Wertausfüllung auf die t a t b e s t a n d l i c h e n Voraussetzungen. Seit langem bereitet aber gerade die starre Rechtsfolge der Nichtigkeit praktisch erhebliche Schwierigkeiten, da sie häufig zu unbilligen Ergebnissen führt. Das trifft vor allem dann zu, wenn - wie in den hier behandelten Fällen - die Sittenwidrigkeit in einer übermäßigen Bindung oder unzulässigen Ausbeutung des Vertragspartners besteht. Dem praktischen Bedürfnis wäre mehr gedient, wenn das Rechtsgeschäft in zulässigem Rahmen aufrechterhalten werden könnte. Die Gesamtnichtigkeit erscheint vor allem dann ganz unangebracht, wenn der andere Partner den sittenwidrig Handelnden am Geschäft festhalten möchte, weil es auf Grund veränderter Umstände trotz des sittenwidrigen Charakters noch günstig ist. Es erscheint unbillig, wenn der sittenwidrig Handelnde sich durch den Hinweis auf sein sittenwidriges Handeln von allen Verpflichtungen befreien kann.

Für solche Fälle könnte man auf § 242 verweisen und dem Vertragspartner, gegen den sich die Sittenwidrigkeit richtete, die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung gewähren.[1] Überwiegend wird eine Berufung auf § 242 zur Umgehung der Nichtigkeitsfolge jedoch nicht zugelassen.[2]

Von anderer Seite wird eine restruktive A u s l e g u n g unzulässiger Vereinbarungen und eine "sinngemäße Beschränkung der Befugnisse eines Berechtigten" nach § 242 empfohlen.[3] Weitere Vorschläge gehen dahin, bei übermäßiger Bindung oder wucherischer Ausbeutung mit dem Gedanken der Teilnichtigkeit oder auf dem Wege der Umdeutung zu billigen Ergebnissen zu gelangen.[4] Gegen alle diese Vorschläge lassen sich nach geltendem Recht mehr oder weniger starke Bedenken anmelden.[5] Es ist auch keineswegs zulässig, aus der Tendenz des Gesetzgebers, in Einzelfällen an die Stelle der Nichtigkeit eine individuellere Regelung treten zu lassen, auf die generelle Zulässigkeit sinnvoller Beschränkung zu schließen.[6] Ein Ausweg könnte sich aber für Einzelgebiete aus dem Gedanken der Gesetzesanalogie ergeben.

---

1) So insbesondere Enneccerus-Nipperdey II § 192 III 3; Staudinger-Coing 21 a zu § 138.

2) Z.B. RG WarnRspr 1914 Nr.273; RG LZ 1919,448; Krüger-Nieland in RGRK-BGB 12 zu § 138; Erman-Westermann 9 zu § 138 mit weiteren Nachweisen.

3) Erman-Westermann 4 zu § 138; RG 87,334 (338).

4) Brasch, Konversion S.55, 59 ff.; Erman-Westermann 4 zu § 138; RG JW 1931,2719 (2720); auch der BGH hat einmal bei Wucher auf Grund der besonderen Umstände des Falles Teilnichtigkeit angenommen, die Frage der Anwendbarkeit des § 139 auf sittenwidrige Geschäfte grundsätzlich aber offengelassen, BGH LM Nr.8 zu § 139.

5) Vgl. besonders Staudinger-Coing 15 b, 18 ff., 21 a, 37 ff., 41 zu § 138; Siebert-Hefermehl 28 zu § 138.

6) BGH NJW 1958, 1971 (1972 f.); vgl. im übrigen hierzu und zu den gesetzlichen Einzelbeispielen Enneccerus-Nipperdey II § 192 III 3.

Der Gedanke der Analogie erwies sich als ein geeignetes Hilfsmittel bei der Wertausfüllung des u n b e s t i m m t e n Rechtsbegriffs der "guten Sitten". Nichtigkeit ist ein b e s t i m m t e r Rechtsbegriff. Die Untersuchung hat jedoch gezeigt, daß das Gesetz die starre Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit für besondere Tatbestände durch eine speziellere Wertung ersetzt und damit grundsätzlich auch insoweit die "Lückenhaftigkeit" des § 138 Abs.1 anerkannt hat.[1] Es erscheint deshalb nicht schlechthin ausgeschlossen, für Einzelfälle in Analogie zu gesetzlichen Konkretisierungen eine individuellere Rechtsfolge anzunehmen. Man muß sich allerdings darüber klar sein, daß hier wegen der grundsätzlich bestimmt festgelegten Rechtsfolge im Gegensatz zu den Voraussetzungen des § 138 nicht eine "Wertausfüllung", sondern nur eine vorsichtige Korrektur in Frage kommen kann. Nur wo das Gesetz selbst für besondere Rechtsgebiete eine spezielle Bewertung vornimmt, ist eine Anlehnung an die besondere Rechtsfolge vertretbar. In diesem Sinne analogiefähig ist also lediglich eine solche gesetzliche Konkretisierung, deren Tatbestand mit dem zu beurteilenden Fall nah verwandt ist. Es würde deshalb wohl zu weit gehen, aus den §§ 74 ff. HGB, 133 f GewO allgemeine Folgerungen für die Behandlung sittenwidriger Bindungsverträge abzuleiten. Dagegen haben diese Vorschriften für das Recht der Wettbewerbsabreden mit der Rechtsfolge teilweiser Unverbindlichkeit eine Sonderbewertung geschaffen, deren Anwendung auf entsprechende sittenwidrige Wettbewerbsverbote, zumindest solche mit anderen Arbeitnehmern, ernsthaft erwogen werden sollte.[2]

---

1) Vgl. dazu oben S. 180 f.

2) So Lehmann § 29 IV 4, der auch Wettbewerbsverbote mit selbständigen Gewerbetreibenden einbeziehen will; im Ergebnis ebenso Nikisch I § 35 IX Anm.31 und BAG 6,291 (295) AP Nr.7 zu Art.12 GG für übermäßige zeitliche Ausdehnung. Vgl. auch Enneccerus-Nipperdey II § 191 III 3 b.

L e b e n s l a u f

Am 25. Oktober 1936 wurde ich in Münster (Westf.) geboren. Meine Eltern sind der damalige Assistenzarzt, der heutige ordentliche Professor für Chirurgie Dr.med.Paul Sunder-Plassmann und seine Ehefrau Rosa geb. Bierschenk. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach Besuch der Volksschulen in Münster und Bad Salzuflen bestand ich die Aufnahmeprüfung am altsprachlichen Gymnasium Paulinum in Münster. Dort legte ich am 28.Februar 1956 die Reifeprüfung ab.

Im Sommersemester 1956 studierte ich Rechtswissenschaft und Medizin an der Universität Münster, in der Folgezeit Rechtswissenschaft an den Universitäten Freiburg/Breisgau (Sommersemester 1957), Lausanne/Schweiz (Sommersemester 1958) und Münster (Wintersemester 1956/57, 1957/58 und Wintersemester 1958/59 bis Sommersemester 1960). Am 11. Februar 1961 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

Seit dem 1.Oktober 1961 befinde ich mich im Landgerichtsbezirk Münster im Vorbereitungsdienst.